

K E N D E L S E

GEO
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Vejdirektoratet
(Kammeradvokaten v/advokat Jens Bødtcher-Hansen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 132-228858 af 8. juli 2014 udbød Vejdirektoratet som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en aftale om marine geotekniske for- og detailundersøgelser i forbindelse med design af en ny ca. 4 km lang Storstrømsbro, nedrivning af den eksisterende Storstrømsbro samt relaterede følgearbejder, herunder omlægning af søkabler og etablering af nye sejlrender. Arbejderne skulle ifølge udbudsbekendtgørelsen danne baggrund for VVM-undersøgelse, indstilling og anlægslov herunder konsolideret anlægsbudget samt efterfølgende indgå som grundlag for et bygbart projekt i en detaljeringsgrad svarende til detailprojekt. Tildelingskriteriet var "laveste pris", og værdien blev anslået til mellem 10 og 15 mio. kr. ekskl. moms.

Vejdirektoratet modtog inden for tilbudsfristen tre tilbud fra følgende prækvalificerede virksomheder:

- Per Arsleff A/S,
- GEO og
- Fugro Seacore Limited ("Fugro" i det følgende)

Ved åbningen af tilbud den 4. november 2013 var tilbuddet fra Fugro det billigste med en evalueringsteknisk tilbudspris på i alt 25.799.813 kr., mens GEO havde afgivet det næstbilligste tilbud på i alt 29.498.618 kr. Det tredje tilbud fra Per Aarsleff A/S var på 72.304.460 kr. Den 8. november 2013 besluttede Vejdirektoratet at tildele kontrakten til Fugro.

Efter et møde mellem Vejdirektoratet og Fugro den 19. november 2013 er der indgået kontrakt den 29. november 2013. Kontraktsummen var 25.301.498 kr. eksklusive moms.

Den 1. april 2014 indgav GEO klage til Klagenævnet for Udbud over Vejdirektoratet.

Klagen har været behandlet på et møde den 6. november 2014. Efter mødet har Vejdirektoratet på klagenævnets opfordring givet GEO delvis aktindsigt i Fugros tilbudsliste. Der har herefter været yderligere skriftveksling, hvorunder GEO har ændret den oprindelige påstand 3 til de nuværende nedenfor anførte påstande 3-3b.

GEO har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage Fugros tilbud i betragtning i relation til aftalen, uanset at tilbuddet indeholder forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet om at gennemføre geotekniske undersøgelser på havbundsdybde på 1-1,5 meter.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at indgå aftale med Fugro om den udbudte opgave uden at kapitalisere Fugros forbehold for gennemførsel af geotekniske undersøgelser på havbundsdybde på 1-1,5 meter.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets

artikel 2 ved at tage Fugros tilbud i betragtning i relation til aftalen, uanset at tilbuddet indeholder forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbe-
tingelserne om at udføre forsøg, som går ud over det antal dage og tekniske
ydelser, Fugro har begrænset dem til.

Påstand 3a (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med lige-
behandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets
artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Fugro, uagtet at tilbuddet indeholdt
forbehold, som det ikke var muligt at prissætte, idet Fugros forbehold for
forsøg, som går ud over det antal dage og tekniske ydelser, Fugro har be-
grænset dem til, ikke kan opgøres til en bestemt pris.

Påstand 3b (subsidiær til påstand 3a)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med lige-
behandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets
artikel 2 ved at indgå aftale med Fugro om den udbudte opgave uden at ka-
pitalisere Fugros forbehold for forsøg, som går ud over det antal dage og
tekniske ydelser, Fugro har begrænset dem til.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ud-
budsdirektivets artikel 28 ved uden forudgående udbudsbekendtgørelse at
have indgået aftale med Fugro om opgaven, idet parternes kontrakt omfatter
væsentlige ændringer af den udbudte opgave, i form af ændringer af om-
fang og indhold af den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ud-
budsdirektivets artikel 28 ved uden forudgående udbudsbekendtgørelse at
have indgået aftale med Fugro om opgaven, idet parternes kontrakt omfatter
væsentlige ændringer af den udbudte opgave, i form af korrektion af Fugros
pris for fejl efter tildeling og inden indgåelse af kontrakt.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ud-
budsdirektivets artikel 28 ved uden forudgående udbudsbekendtgørelse at
have indgået aftale med Fugro om opgaven, idet parternes kontrakt omfatter

væsentlige ændringer af den udbudte opgave i form af ændringer af det tidspunkt, hvor de geotekniske borerer på havet skal foretages.

Påstand 7 (subsidiær til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet Vejdirektoratet ikke har medtaget posterne i tilbudslistens punkt 10.4.9 til 10.4.12 i den evalueringstekniske pris ved evalueringen af Fugros tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere Vejdirektoratets beslutning af 8. november 2013 om at tildele aftalen til Fugro.

GEO har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Vejdirektoratet har erkendt den i påstand 7 nævnte overtrædelse og har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Særligt ad påstand 1 og 2

I udbudsbetingelserne anføres det blandt andet:

”5.2 Forbehold

Opmærksomheden henledes på, at udbyder vil være forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, ...

Forbehold overfor ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil blive kapitaliseret, såfremt det er muligt, idet der benyttes en konservativ kapitalisering. Såfremt forbeholdene ikke kan kapitaliseres, vil tilbuddet blive afvist.”

I udbudsbetingelsernes ydelsesbeskrivelse står der blandt andet:

“3. Generel projektinformation og forudsætninger

...

Da broens endelige geometriske og strukturelle konfiguration (spænd, etc.) endnu ikke er fastlagt, kan det blive nødvendigt at modificere og/eller supplere undersøgelseernes aktuelle omfang med yderligere felt- og laboratorieundersøgelser.

Afhængig af funderingstypen for de forskellige broelementer kan der blive behov for stor-skala feltforsøg og avancerede laboratorieforsøg.

Beskrivelse af de geotekniske undersøgelser

En beskrivelse af omfanget af de geotekniske felt- og laboratorieundersøgelser og tolkning af data, som er nødvendige for projektering og udførelse af Storstrømsbro-projektet fremlægges her. De foreslåede geofysiske og geotekniske undersøgelser er nødvendige for at indhente data, som konstruktion af fundering og valg af funderingstype, dimensionering, valg af byggeproces og brostrukturens driftsmæssige integritet baseres på.

De nødvendige data omfatter områdespecifikke oplysninger om:

- Geologiske jord- og klippeformationer, stratificering og variabilitet.
- Geoteknisk jordklassifikation og indeksegenskaber
- Jordstyrke, deformations – og konsolideringsegenskaber.
- Klippens (kridtets) styrke og deformationsegenskaber.

Undersøgelsen omfatter:

- Feltundersøgelser: boringer, prøveudtagning og penetrationsforsøg, herunder dissipationsforsøg af porevandstryk.
- Rutinemæssige laboratorieforsøg: jordklassifikationsforsøg og fastlæggelse af indeksegenskaber.
- Avancerede laboratorieforsøg: fastlæggelse af styrke, deformations- og konsolideringsegenskaber.
- Datarapportering og tolkning af geotekniske parametre og jordarts eller klippegenskaber.

Metodebeskrivelse

Rådgiverens tilbud skal omfatte detaljerede oplysninger om fordele og begrænsninger ved forskellige typer af udstyr og forsøgsprocedurer, f.eks. effekten af vanddybde på forsøgenes udførelse og pris.

Hvis det betragtes som relevant, kan tilbuddet også indeholde forslag til alternative undersøgelsestyper, som ikke er nævnt i dette dokument. Alle tilbud skal imidlertid indeholde oplysninger om de metoder og forsøg, der er angivet i dette dokument, tillige med en beskrivelse af det udstyr der stilles op med samt antallet af de forskellige typer udstyr.

...

Europæiske standarder for geoteknik

Alt geotekniske arbejder skal udføres i henhold til de seneste europæiske standarder, herunder ...

...

Europæiske standarder for geotekniske undersøgelser og prøvning

Geotekniske undersøgelser og prøvning skal udføres i henhold til følgende standarder:

...

En liste over relevante CEN ISO/TS geotekniske undersøgelses- og prøvestandarder findes i Bilag 1.

...

Det geotekniske undersøgelsesprogramms omfang

Omfanget af det geotekniske undersøgelsesprogram er udarbejdet med henblik på at vurdere den lodrette og vandrette variation i havbundens jordtyper og for at fastlægge jordlagernes og klippeformationers geologiske oprindelse. Undersøgelsesmetoderne er valgt for at give faktuelle oplysninger til undersøgelsen og evalueringen af forskellige funderingsmuligheder. Da brokonstruktionens endelige udformning endnu ikke er fastlagt, har man her måttet anslå de sandsynlige dimensioner.

Offshoreundersøgelser.

Dette dokument omhandler ikke typer af og krav til fartøjer eller boreplatforme, som skal anvendes til udførelse af de foreslåede undersøgelser. Geotekniske undersøgelser kan gennemføres fra specialbyggede bore-skibe eller geotekniske løfteplatforme.

Det forudses, at den primære boremetode på vanddybder mellem 15 m og strandbredden – inklusive tidevandszonen – kan foregå med en løftbar boreplatform. ...

...

4. Projektbeskrivelse

...

Broen

...

Entreprenøren vil have nogen grad af frihed i valget af spændvidden med et muligt valg mellem spænd på 60, 70, 80 og 90 m for tilsluttende spænd. Placeringen af de geotekniske undersøgelsespunkter kan være forskellige fra dem, entreprenøren vil vælge. I øjeblikket antages et spænd på 80 m, som danner basis for placeringen af undersøgelsespunkterne. Afhængig af hvilken spændvidde entreprenøren vælger, kan yderligere geotekniske undersøgelser blive nødvendige.

Broens fundering

... Fundamenterne skønnes at have et areal på cirka 200 m², hvor risikoen for skibsstød er lav (vanddybde mindre end 2 m). ...

...

6. Det geotekniske undersøgelsesprogram

Dette afsnit beskriver de geotekniske felt- og laboratorieforsøg, der skal udføres. De geotekniske undersøgelser skal anvende en kombination af følgende teknikker:

- Kerneboring og prøveudtagning
- In-situ forsøg til nøjagtig stratificering og fastlæggelse af geotekniske parametre.
- Rutinemæssige laboratorieforsøg, hvor indeksegenskaber og geotekniske parametre fastlægges.
- Avancerede laboratorieforsøg til fastlæggelse af styrke og deformationsegenskaber.

...

Det vil ikke være muligt at indhente alle de nødvendige oplysninger i denne fase af undersøgelser. Yderligere eller andre typer af jordbundsundersøgelser kan blive nødvendige, afhængig af de valgte funderingsløsninger og belastningskrav, som vælges af designeren og/eller af entreprenøren. Det kan også blive nødvendigt med et sidste undersøgelsestrin for at løse eventuelle specifikke problemer, som kan opstå i projekteringsfasen og under anlægsarbejdet.

Vejdirektoratet forbeholder sig ret til at udsende en repræsentant til at overvære dataindsamlingen i felten/om bord og for at belyse fremdriften og løbende i kooperation med rådgiveren at optimere datakvalitet eller at tage beslutningen om at sætte undersøgelsen på standby pga. vejr bølgegang eller andre forhold uden for rådgiverens kontrol. ...

...

Forsøgslokalitet og forsøgsdybde

Den endelige udformning af broen og dermed også placeringen af fundamenterne er endnu ikke besluttet. Derfor foreslås det, at offshore undersøgelserne gennemføres for brodesignet i henhold til

Figur 1. Baseret på tidligere gennemførte geofysiske undersøgelser, omtalt i tidligere afsnit, er følgende informationer blevet tolket, jf. Tabel 2. Identifikationen af undersøgelsespunkter (ID no.) er baseret på broens spændvidde som vist i

Figur 1. Se desuden foreløbig situationsplan i Bilag 5.

Tabel 2 Anslået havbundskote, vanddybde, dybde til top af kridt og tykkelse af jordlag.

<u>ID nr.</u>	<u>Anslået havbundskote DVR90</u>	<u>Anslået vanddybde, m</u>	<u>Anslået top af kridt, DVR90</u>	<u>Anslået tykkelse af jordlag, m</u>
I1	5 (på land)	0	-20	25
I2	1 (på land)	0	-17	18
I3	0	0	-17	17
I4	-2	2	-17	15

I5	-3	3	-17	14
...				
I44	-2	2	-22	20
I45	-2	2	-22	20

[Bortset fra vanddybder på 0 meter er alle de i tabellen anførte vanddybder på mellem 2 og 14 meter]

Bemærk, at disse oplysninger kun er vejledende. De faktiske værdier kan afvige fra værdierne i Tabel 2.

Ved hvert undersøgelsespunkt (brofundament) skal der udføres to penetrationsforsøg i henhold til følgende foreløbige plan.

1. Identifikation af lokalitet.
2. Fastlæggelse af position.
3. Start- og sluttidspunkt for hver forsøg.
4. Måling af vanddybde (til havbund).
5. Dynamisk penetrationsforsøg (SPT eller HPD) med prøvetagning af jord.
6. Sonderingsforsøg (CPTU) med lejlighedsvisse dissipationsforsøg af porevandtryk.
7. Boring og/eller kerneboring.
8. Prøvetagning af jord eller klippe.

Som angivet ovenfor skal alle forsøg udføres i henhold til de nyeste versioner af EN-standarder, Bilag 1, "CEN ISO/TS Standarder - Geotekniske undersøgelser og prøvning".

I Figur 3 vises den foreløbige placering af forsøg på hvert fundaments lokalitet. Typen af feltforsøg vælges under hensyntagen til information indhentet fra geofysiske målinger langs broens linjeføring. Den nedenfor angivne afstand skal betragtes som en minimumafstand. ...

[figur]

...

Følgende penetrationsforsøg skal udføres på hvert prøvningssted:"

Vejdirektoratet har oplyst, at hvert af de 45 undersøgelsespunkter i tabel 2 svarer til et område, hvor der forventeligt vil blive placeret et brofundament. Hvert undersøgelsesområde har et forventet areal på 40 m² - 80 m² afhængigt af undersøgelsesmetoden.

Vedrørende undersøgelsespunkterne, hvor vanddybderne er angivet til 0 meter, er parterne enige om, at der i både udbudsbetingelser og tilbuddene er forudsat anvendt landbaseret udstyr.

I tilbudslisten er der anført ”Vanddybde 0-5 m” ved post 10.2.3 og post 10.3.3.

I rettelsesblad nr. 1 af 30. september 2013 er gengivet spørgsmål/svar 29 om, hvorvidt der på baggrund af tidligere undersøgelsesresultater fra 2012, som viste adskillige store sten (”boulders”) med en diameter på mere end 1,5 meter, kunne forventes sten af samme størrelse og i samme antal på vanddybder under 4 meter. Vejdirektoratets svar var ”This is a possibility”.

I rettelsesblad nr. 2 af 18. oktober 2013 blev et forslag (spørgsmål 50) om, at der i stedet for én pris for udførelse af undersøgelserne uanset vanddybde, skete en opdeling, således at der i stedet blev afgivet priser for udførelse af undersøgelser på forskellige vanddybder, afslået af Vejdirektoratet. Vejdirektoratet begrundede dette som følger:

“As the water depth is known rather accurately it should be possible to calculate an average cost/time for sampling.”

Af Vejdirektoratets svar på spørgsmål 52 i samme rettelsesblad om koordinater i det boreprogram, Vejdirektoratet ville stille til rådighed, og om hvornår dette ville blive fremsendt, fremgår, at boreprogrammet

”vil indeholde koordinatliste og forventet boreddybde. Boreprogrammet fremsendes efter kontraktindgåelse.”

Det samme fremgår af svar på spørgsmål 64.

I Fugros tilbud var der det angivet, at der ville blive anvendt ”Fugro’s owned and operated Aran 250 Jack-Up Platform”.

Det fremgår om denne blandt andet:

”Aran 250 can work in a minimum of 1,5m (LAT) and up to a maximum of 26m water depth subject to environmental conditions.”

I tilbuddets punkt 9 ”Clarifications and presumptions” er det blandt andet anført:

”The jack up will operate to its physical parameters and safe operational limits with acceptable leg penetration.”

Om den tilbudte platform fremgår det af punkt 3.2 i referatet af mødet mellem Vejdirektoratet og Fugro den 19. november 2013 før kontraktindgåelsen:

“Item 10.4.9 - Fugro explain[s] that as all operations are to be conducted from one vessel only one stand standby rate was included in the BoQ. ...”

I den indgåede kontrakt mellem Vejdirektoratet og Fugro er aftalegrundlaget angivet prioriteret som følger:

- “a) Nærværende aftale
- b) Eventuelle rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen
- c) Rådgiverens tilbud inkl. tilbudsliste...
- d) ...
- c) Geotekniske offshore undersøgelser og rådgivning, Ydelsesbeskrivelse (YB) af september 2013
- ...”

Af en e-mailkorrespondance mellem Vejdirektoratet og Fugro i januar og februar 2014 fremgår, at Fugro ikke har udført visse af de planlagte boringer på den placering, som var angivet i tabel 2 i ydelsesbeskrivelsens afsnit 6.

Det fremgår således af e-mail af 8. januar 2014 fra Vejdirektoratet til Fugro:

“Due to the location of the sea cables I’ve decided to drop investigation points I13, I14, I16, I17 and I18. I would like to do I15 if it can be placed between the middle and the most western cable. I6 and I12 are moved to the east of the alignment. I’m not sure I12 can be carried out. The water depth is between 1.5 and 2 m. I3 and I5 will also be dropped due to cable position I4 is moved to the west of the alignment. When we meet for the kick off meeting we should inspect the area of I1 og I2 (on land) to decide where they can be carried out also in relation to cables, the terrain and accessibility.”

I en e-mail af 24. januar 2014 fra Vejdirektoratet til Fugro hedder det:

“Here are the coordinates of the investigation points corresponding to the BH location in the investigation setup. ...

The safety distance to the cables offshore is 70 m. On land I've only made a safety distance of 20 m. I'm not sure that is enough. So the three borings on Masnedø might have to be moved further. Let me if you want me to do that.

I've attached two drawings showing the location of the investigation points. The grey signature signifies the inv. points where the water depth is below or equal to 1.5 m, and therefore might not be accessible to the JUB [Fugro's boreplatform] = might not be carried out."

Det anføres i en e-mail af 9. februar 2014 fra Fugro til Vejdirektoratet:

"Please find attached borehole requirement sheets for location B17 and B23. We will target B17 as the next location. However, due to water depths potentially being too shallow, we may move onto B23 instead.
..."

I en e-mail af 10. februar 2014 fra Fugro til Vejdirektoratet hedder det:

"We have checked the location in the shallow water south of B13 and the bargemaster does not think he will be able to access them due to water depth. He would like to know if we can go to B21 this morning.

We may still be able to access the locations between B21 and B13 but may need to wait for very calm weather."

Vejdirektoratet har i en e-mail af 26. marts 2014 til GEO oplyst:

"I relation til spørgsmål 2 omkring, hvordan Fugro foretager de geotekniske undersøgelser på vanddybder under 1,5 meter med en Aran 250 Jack-Up Platform som kan arbejde på 1,5-26 meter vanddybde og om disse undersøgelser indgår i den tilbudte pris, kan vi tilføje, at der endnu ikke er og ikke forventes udført boringer på dybder under 1,5 m vanddybde. Vi kan yderligere tilføje, at vanddybderne er angivet i udbudsmaterialets ydelsesbeskrivelse kapitel 6, side 15, tabel 2. Det fremgår heraf, at den anslåede vanddybde for I1, I2 og I3 er 0 meter, mens de øvrige er angivet til minimum 2 meter. Der kan selvfølgelig være en mindre variation i vanddybder som følge af tidevand, men denne er dog forholdsvis lille for Storstrømmen. I1 og I2 angivet til at være på land, mens I3 er i vandkanten. Det er derfor vores opfattelse, at prisen er indeholdt i Fugros tilbud. Det kan dog nævnes, at der er sket mindre ændringer i undersøgelsesprogrammet og boringernes placeringer som følge af et ændret brodesign samt placeringen af nuværende søkabler."

GEO har, jf. tillige den nedenfor gengivne erklæring, oplyst, at GEO i sit tilbud forudsatte, at de geologiske undersøgelser også skulle udføres på vanddybder på under 1,5 m. Derfor var der i GEOs tilbud forudsat anvendt to boreplatforme – én til lavvandede lokaliteter og én til lokaliteter med dybt vand. Forudsætningen om, at der skulle indregnes undersøgelser på lavt vand har betydet, at GEOs tilbud blev 1.261.345 kr. dyrere, jf. blandt andet tilbudslistens punkt 10.1.1 (heri er ifølge GEO ikke indregnet udgiften til leje af den særlige lavtvandsplatform).

Vejdirektoratet har oplyst, at der er foretaget boringer ved 36 lokaliteter på havet i forbindelse med de geotekniske undersøgelser og har oplyst positionerne for disse boringer på et kort. Vejdirektoratet har desuden fremlagt en oversigt over de faktiske vanddybder i undersøgelsesområderne.

GEO har fremlagt:

- En illustration og en oversigt med koordinater, hvor de positioner, hvor der er udført undersøgelser, sammenlignes med de positioner, som var anført i ydelsesbeskrivelsen. Det fremgår, at der ikke er foretaget boringer på 9 af de planlagte lokaliteter. GEO har gjort opmærksom på, at ud af de 9 lokaliteter befinder de 6 sig på de lave vanddybder (2 meter i tabel 2).
- Billeder af GEOs arbejde med boringer og prøveudtagning på vanddybder på under 1 meter, som skal vise, at GEO ville kunne foretage undersøgelser på vanddybder på under 1 meter.
- En e-mailkorrespondance med Energinet.dk fra december 2013, som ifølge GEO viser, at en normal sikkerhedsafstand til kabler ikke er på mere end 50 meter.

Særligt ad påstand 3-3b, 4 og 6

I udbudsbekendtgørelsen er det anført, at kontraktens varighed er fra den 1. november 2013 – 20. juni 2015.

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”2. Orientering

...

Tidsplanen for de geotekniske undersøgelser og rapportering af resultater er meget stram. Det forudses, at geotekniske undersøgelser indledes midt i november 2013 og afsluttes i august 2014. Den tid, der er tilgængelig for undersøgelser og de resulterende klimaforhold kan begrænse typen og udførelsen af offshoretest. Der skal tages hensyn til de somme tider barske klimatiske forhold, som kan forekomme i testperioden.”

I ydelsesbeskrivelsen hedder det blandt andet:

”Tidsplan for undersøgelserne

Tidsplanen for de geotekniske undersøgelser og rapportering af resultater er meget stram. Det forudses, at geotekniske undersøgelser indledes midt i november 2013 og afsluttes i august 2014. Den tid, der er tilgængelig for undersøgelser og de resulterende klimaforhold kan begrænse typen og udførelsen af offshore forsøg. Der skal tages hensyn til de somme tider barske klimatiske forhold, som kan forekomme i arbejdsperioden.

Den tid, der er til rådighed for undersøgelserne, skal tages i betragtning i tilbuddet, når der planlægges offshore-kampagne, vælges skibe, platforme og forsøgsudstyr samt type og antal undersøgelsesenheder, der kræves for at afslutte kampagnen i tide.

Feltundersøgelserne skal planlægges så der i første ombæring bores for hvert andet fundament og derefter for de resterende i anden runde. Herved kan resultater for den fulde strækning præsenteres i en foreløbig rapport inden alle undersøgelser er gennemført.

Den 1. april 2014 skal der foreligge en foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport primært baseret på resultaterne af de udførte feltundersøgelser af første ombæring. De foreløbige rapporter skal bruges som grundlag i VVM-undersøgelsen.

Den 1. september 2014 skal de endelige udgaver af undersøgelses- og tolkningsrapporter foreligge.

...

6. Det geotekniske undersøgelsesprogram

...

Avanceret laboratorieprøvning

På udvalgte prøver fra borerne skal der foretages avancerede laboratorieforsøg til bestemmelse af jordens deformations- og styrkeegenskaber. Under de avancerede forsøg skal prøver udsættes for lokale belastningsforhold og derefter belastes for at simulere forventede belastninger. De avancerede laboratorieforsøg omfatter:

...

Følgende tabeller opsummerer, hvilke forsøg der skal udføres...

[*tabeller*]

I projektets nuværende stadie er det endnu ikke muligt at give detaljerede oplysninger om forsøgsprocedurer, der skal anvendes til styrke- og ødometerforsøg. De nedenfor angivne værdier skal opfattes som vejledende. Der udarbejdes detaljerede forsøgsprocedurer for hvert enkelt forsøgstype, og disse godkendes før start af det respektive forsøg.

...

Styrkeforsøg

Der påregnes at benytte følgende typer af triaksiale forsøg:

...

Yderligere forsøg, som kan kræves for udvalgte prøver, er:

...

Ødometerforsøg

...

7. Tolkning og rapportering af data

...

Rapportering

Geoteknisk undersøgelsesrapport

De faktuelle felt- og laboratorieundersøgelser skal fremlægges i en geoteknisk undersøgelsesrapport

...

Der udarbejdes foreløbige rapporter, som løbende opdateres og afleveres 1. april 2014.

De endelige rapporter skal foreligge 1. september 2014.

Geoteknisk tolkningsrapport

Baseret på resultaterne af tilgængelige geotekniske, geo-miljømæssige og geofysiske undersøgelser, som er indhentet som en del af denne undersøgelse, skal der udarbejdes en rapport, hvor felt- og laboratorieresultater tolkes og opsummeres. Der skal være tilstrækkelige oplysninger til at give omfattende information til funderingsdesignet for brokonstruktionen.

Rapporten skal også indeholde et resume af dataene fra Storstrømsprojektets undersøgelser med reference til data fra andre relevante projekter som f.eks. Femern-broprojektet.

Der udarbejdes en foreløbig rapport, som løbende opdateres og afleveres 1. april 2014.

Den endelige rapport skal foreligge 1. september 2014.

...

9. Aktivitetsplan og skema

Følgende milepæle skal danne basis for planlægning af konsulentytelserne:

<u>Aktivitet</u>	<u>Milestone</u>
Tildeling af geoteknisk konsulentaftale	November 2013
<u>Geofysiske og geotekniske undersøgelser</u>	
Geofysiske undersøgelser	November – december 2013
Geotekniske feltundersøgelser	November 2013 – april 2014
Geotekniske laboratorieforsøg	Maj 2014 – juli 2014
Afslutning af geoteknisk rapportering	August 2014
...	

Alle aktiviteter og milestones skal betragtes som foreløbige og planlægningen kan derfor ændres på et senere tidspunkt.”

Som tidligere nævnt indeholdt ydelsesbeskrivelsen i afsnit 6 tabel 2 en angivelse af i alt 45 undersøgelsessteder.

I bilag 1 til ydelsesbeskrivelsen er der opført en række CEN ISO/TS standarder vedrørende test af ”soil” blandt andet ”Determination of water content”, ”Direct shear tests” og ”Determination of Atterberg limits”.

I det i udbudsbetingelserne indeholdte udkast til kontrakt hedder i det i punkt 9 om ”Bod”:

”Rådgiveren pålægges bod, hvis følgende tidsfrister overskrides, medmindre overskridelsen ikke kan tilregnes rådgiveren.

Rådgiveren skal levere en foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport som angivet i Ydelsesbeskrivelsen (YB) side 5 skal ske senest 1. april 2014.

Boden udgør 10.000 kr. pr. påbegyndt dag efter tidsfristen. Boden tilbageholdes i Vejdirektoratets betaling til rådgiveren.

Den samlede bod kan højest udgøre 10 % af det samlede honorar.”

I rettelsesblad 2 blev spørgsmål 85 om, hvorvidt det forhold, at det i aktivitetsplanen er anført, at avancerede laboratorieforsøg har ”milestones” i maj 2014 - juli 2014, betyder, at forsøgene skal udføres i dette tidsrum og dermed ikke indgå i den foreløbige rapport, besvaret som følger:

”En separat tidsplan kan aftales for de avancerede laboratorieforsøg.”

Tilbudslisten indeholdt 12 poster (10.7.1-10.7.12) om 12 forskellige avancerede laboratorieforsøg. Der var for hver af de 12 poster anført antal enheder, der skulle gives tilbud på (for post 10.7.6 og 10.7.7 10 stk. og for øvrige 45 stk.). Der skulle anføres en stk.-pris og en samlet pris for det anførte antal enheder.

I tilbuddet fra Fugro var der i posterne om avancerede laboratorieforsøg i tilbudslisten foretaget følgende tilføjelser i forhold til den tilbudsliste, der var indeholdt i udbudsbetingelserne:

- I post 10.7.2 var der tilføjet ”(to 4 days)” og herefter var der anført en ny post 10.7.21 ”e/o item 10.7.2 for test duration in excess of 4 days”. I kolonnen med ”Enhed” var anført ”days”, og i kolonnen med ”Antal enheder” var anført 225. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød.
- I post 10.7.3 var der tilføjet ”(to 4 days)” og herefter var der anført en ny post 10.7.31 ”e/o item 10.7.3 for test duration in excess of 4 days”. I kolonnen med ”Enhed” var anført ”days”, og i kolonnen med ”Antal enheder” var anført 270. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød.
- I post 10.7.4 var der tilføjet ”(to 4 days)” og herefter var der anført en ny post 10.7.41 ”e/o item 10.7.4 for test duration in excess of 4 days”. I kolonnen med ”Enhed” var anført ”days”, og i kolonnen med ”Antal enheder” var anført 450. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød.

- I post 10.7.5 var der tilføjet "(to 4 days)" og herefter var der anført en ny post 10.7.51 "e/o item 10.7.5 for test duration in excess of 4 days". I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført 450. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød. Herudover var der tilføjet en ny post 10.7.52 "e/o item 10.7.3 and 10.7.5 for Ko consolidated undrained conditions. On fine grained samples". I kolonnen enhed var anført "no." og i kolonnen "Antal enheder" var anført "r/o". Der var anført en enhedspris, men ikke en totalpris. Posten indgik dermed ikke i opsummeringen af priserne i tilbudslisten, og var dermed ikke medregnet i den samlede pris, Fugro tilbød. Der var herefter tilføjet en yderligere post 10.7.53 "e/o item 10.7.52 for test duration in excess of 4 days". I kolonnen enhed var anført "days" og i kolonnen "Antal enheder" var anført "r/o". Der var anført en enhedspris, men ikke en totalpris. Posten indgik dermed ikke i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og var dermed ikke medregnet i den samlede pris, Fugro tilbød.
- I post 10.7.6 var der tilføjet "(to 4 days)" og herefter var der anført en ny post 10.7.61 "e/o item 10.7.6 for test duration in excess of 4 days". I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført 50. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød.
- I post 10.7.7 var der tilføjet "(to 5 days)" og herefter var der anført en ny post 10.7.71 "e/o item 10.7.6 [her må antages at være ment 10.7.7] for test duration in excess of 5 days". I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført "r/o". Der var desuden anført en enhedspris, men ikke en totalpris i kolonnerne herfor. Der var dermed ikke en totalpris med i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed indgik post 10.7.71 ikke i den samlede pris, som Fugro tilbød.
- I post 10.7.8 var der tilføjet "(to 5 days) IL method" og herefter var der anført en ny post 10.7.81 "e/o item 10.7.8 for test duration in excess of 5 days IL Method. I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført "r/o". Der var desuden anført en enhedspris, men ikke en totalpris i kolonnerne herfor. Der var dermed ikke

en totalpris for post 10.7.81 med i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed indgik posten ikke i den samlede pris, som Fugro tilbød. Der var herefter en ny yderligere post 10.7.83 "e/o item 10.7.8 for test duration in excess of 2 days CRS Method. I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført 45. Der var desuden anført en enhedspris og en totalpris i kolonnerne herfor. Totalprisen indgik i opsummeringen af priserne i tilbudslisten og dermed i den samlede pris, som Fugro tilbød.

- Efter post 10.7.11 var der tilføjet en ny post 10.7.111 "e/o item 10.7.11 for test duration in excess of 3 days". I kolonnen med "Enhed" var anført "days", og i kolonnen med "Antal enheder" var anført "r/o". Der var desuden anført en enhedspris, men ikke en totalpris i kolonnerne herfor. Der var dermed ikke en totalpris for post 10.7.111 med i opsummeringen af priserne i tilbudslisten, og dermed indgik posten ikke i den samlede pris, som Fugro tilbød.

De ekstra nye poster vedrørende test ud over et fastsat antal dage, hvor der var anført et antal enheder og en totalpris, som indgik i den samlede tilbudssum (10.7.21, jf. 10.7.2, 10.7.31, jf. 10.7.3, 10.7.41, jf. 10.7.4, 10.7.51, jf. 10.7.5, 10.7.61, jf. 10.6.2, 10.7.83, jf. 10.7.8 (CRS-metode)) indgik i tilbudssummen med et samlet beløb på 553.415 kr. Dette beløb indgik i den pris, Vejdirektoratet ved evalueringen lagde til grund, at Fugro havde tilbudt. Der blev ikke foretaget nogen kapitalisering vedrørende de tilføjelser, hvor Fugro ikke havde anført et totalbeløb, og som dermed ikke indgik i Fugros sammentælling af priserne i tilbudslisten.

I referatet fra mødet den 19. november 2013 mellem Vejdirektoratet og Fugro står der blandt andet:

- "3.5 10.7.21 to 10.7.51 – The Extra Over (e/o) items were included as information to allow VD to establish the potential cost of the testing regime. The base price has been set at a certain number of days in the BoQ items, and VD only pay for additional days over the base case. This means the tests are of much better value to VD as Fugro are not taking the risk on every test.
- 3.6 The same theory has been applied to the following BoQ items: 10.7.52, 53, 61, 71, 81, 83, 111

...

3.8 VD appreciated the transparency that the additional rate items offered, but to adhere to the procurement requirements, the red items would be removed from the BoQ to provide a lump sum price. The additional items, if used, will be treated as Variations under the Contract.

...

6.2 It was discussed that COWI's work is also impacted by the programme. They have a deadline for the completion for the preliminary design by May 2014. To this end they need some of the date to be issued by 1st March 2014."

Vejdirektoratet har under mødet i klagenævnet oplyst, at de nye poster 10.7.52, 10.7.53, 10.7.71, 10.7.81 og 10.7.111, hvor der var anført "r/o" i kolonnen med antal enheder, og hvor der ikke var udregnet en totalpris, blev opfattet sådan, at "r/o" betød "ruled out", og at det betød, at Fugro anså det for udelukket, at denne ydelse ville blive krævet udført. Vejdirektoratet anså tilføjelserne for blot at være en præcisering heraf og tillagde ikke et yderligere beløb til den pris, Fugro selv havde opgjort i anledning af disse poster. Under den efterfølgende skriftveksling har Vejdirektoratet oplyst, at det, der blev sagt under mødet i klagenævnet om betydningen af "r/o", berodde på en misforståelse, og at Vejdirektoratet er enig med GEO i, at "r/o" betyder "rate/only". Det var ifølge Vejdirektoratets seneste indlæg for klagenævnet også den forståelse, de personer hos Vejdirektoratet, som stod for tilbudsevalueringen, havde.

Vejdirektoratet har henvist til en erklæring af 1. december 2014 fra Dr. Rainer Massarch, som bistod Vejdirektoratet under udbuddet med geoteknisk viden. Af erklæringen fremgår:

"I have been asked by Vejdirektoratet, Torkil Schrøder Hansen, Legal Counsel Procurement & Contracts to prepare this statement, which addresses the following issues:

1. Professional background and geotechnical profile
2. Role in the tender process
3. Description of the evaluation process

I am pleased to provide my response to these questions to the best of my knowledge.

1. Professional background and geotechnical profile

Attached to this Statement are my CV, List of Publications and copy of FEANI certificate EURO ING registration, awarded in 1989.

During my career as a geotechnical engineer and scientist, which covers more than 40 years, I have worked as geotechnical consultant, technical director of leading international foundation company and professor in geotechnical and soil dynamics.

In addition, I have been contracted by governmental organisations in several countries as specialist advisor and reviewer of different types of construction projects. I have assisted on the assessment of geotechnical and dynamic problems related to railway lines - and been responsible for a variety of research and development projects - for Swedish Banverket (now Trafikverket).

Over a period of four years, I have assisted the Irish Planning Board in the review and evaluation of design applications for the two largest infrastructure projects in Irish history, the Metro North and the DART railway projects, cf. attached letter from the chairperson of the Planning Board.

Due to my broad background in geotechnical design, foundation engineering and ground investigation methods, I accepted with pleasure the invitation by Danish Vejdirektoratet to assist in the preparation of the Tender Documents for the Storstrømmen Bridge project.

2. Role in the Tender Process

Aftale om Rådgivning og Bistand was signed in July 2013 between Vejdirektoratet and Geo Risk & Vibration AB, Bromma, Sweden. The agreement stated my role as consultant as follows:

“Rådgivning vedrørende: ny bro over Storstrømmen. Geoteknisk rådgivning vedr. offshore undersøgelser, laboratorieforsøg og udledning af parameter til funderingsdesign for broen.”

My task was to assist Catherina Rotwitt, geotechnical engineer at Vejdirektoratet in the preparation of the tender documents. According to the consulting contract, services started 5 July, 2013 and are to be finished by 30 June 2015.

During the initial phase, the geotechnical, geophysical and geohydrological site conditions were reviewed, primarily studying reports from previous investigations for the Storstrømmen Bridge. In addition, information from geotechnical off shore investigations of other Danish bridge projects were reviewed.

After identification of the required geotechnical parameters, a combination of in-situ testing methods (SPT, CPTU, vane) and sampling for laboratory testing was chosen. For the reference design of the project, advanced geotechnical parameters had also to be determined from a combination of conventional and advanced laboratory tests.

It became apparent that the Storstrømmen Bridge project had unique features (water depth, current etc.), which required the use of a combination of field investigation methods. These testing and sampling methods could be executed from a barge or platform, rather than employing more sophisticated and expensive deep-sea investigation tools. As this was an international project, an important aspect was that the employed investigation methods would be understood and accepted by the geotechnical and foundation profession in, but also outside Denmark.

In cooperation with Catherina Rotwitt, the geotechnical content of the tender documents was prepared. It included also a description and listing of different field investigation and laboratory and testing methods. However, I was not involved in the preparation of the final Contract and Tender documents.

I helped to clarify geotechnical issues raised by Vejdirektoratet and questions submitted by applicants in the following document:

Aarsleff/Rambøll spørgsmål dateret 2013-10-15 til: ”Udbudsbetingelser, rådgivning 93200.R03, Storstømsbroen, Geotekniske offshore undersøgelser og rådgivning, Sjælland (Masnedø) – Falster, September 2013”.

3. Clarification of items in offer by Fugro

I have been asked by Vejdirektoratet to comment on the tender document submitted by Fugro Seacore, dated 4th November, 2013. These comments by Fugro Seacore are shown in red in the following section:

Porewater Chemistry

[Gengivelse af uddrag af Fugros tilbudsliste]

Clarifies that the tests are carried out in a comprehensive manner

Unconfined Compression Test

[Gengivelse af uddrag af Fugros tilbudsliste]

Clarifies that the tests shall be used for soil, which should be understood in broad terms.

Triaxial Test

[Gengivelse af uddrag af Fugros tilbudsliste]

The duration of the triaxial consolidated test depends on soil type and chosen consolidation method. Also, the duration of the test depends on the consolidation steps and the method chosen for determining end of consolidation.

Swelling Test

[Gengivelse af uddrag af Fugros tilbudsliste]

The same comments made for the triaxial tests also apply to the Swelling tests, which are time-dependent in different soils.

4. Conclusions

The remarks and clarifications made by Fugro Seacore are in my view a clarification of how the test duration could be considered in a way (defining duration of initial test and additional days required for soil type and testing method) that fully reflects the cost profile as the tests moves through various cost phases.

Accordingly, the comments by Fugro Seacore can in my view be considered as helpful clarifications.

I was asked by Vejdirektoratet at that time to comment regarding the clarifications and identification of costs for extended duration of laboratory tests. I responded that in my view, such clarifications were helpful in avoiding claims for extended duration of laboratory tests at a later stage.

Based on my years of experience with lab tests, the estimates of the number of days (in items 10.7.21, 10.7.31, 10.7.41, 10.7.51, 10.7.61, 10.7.83) as well as where the number of days have been omitted using the term r/o (10 7 52, 10 7 53, 10 7 71, 10 7 81), which Fugro inserted were and are in my view correct and adequate for these types of advanced laboratory test. Based on my experience, I believe the estimates fully reflect the normal market standards for these types of testing.

The same comments apply to other types of consolidation tests 10.7.3 through 10.7.111.

The prices for these tests were added to the total price of the evaluation in order to avoid that Fugro got an advantage compared to other bidders.”

GEO har anført, at det ikke giver mening, at Fugro skulle anføre "ruled out" i en tilbudsliste. Særligt ikke i henseende til, at det anføres ud for ekstra poster, som Fugro har valgt at indsætte. Efter GEOs erfaring med udbud i engelsktalende lande skal de to forkortelser forstås sådan, at "e/o" står for "extra over", hvilket betyder omkostninger i tillæg til den angivne pris, og "r/o" står for "rate only", hvilket skal forstås sådan, at der alene angives en pris, men ikke en mængde (antal enheder). Der vil således blive foretaget konkrete og ubestemmelige afregninger af disse poster. GEO har fremlagt eksempler på anvendelse af forkortelsen "r/o", hvor det betyder "rate only".

I kontrakten mellem Vejdirektoratet og Fugro er det i punkt 9 "Bod" anført:

”Rådgiveren pålægges bod, hvis følgende tidsfrister overskrides, medmindre overskridelsen ikke kan tilregnes rådgiveren.

Rådgiveren skal levere en foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport som angivet i Ydelsesbeskrivelsen (YB) side 5 senest 1. marts 2014. Rapporten skal være baseret på de data, der er indhentet, indtil 21. februar 2014, forventeligt mindst 10 boringer fordelt over undersøgelsesstrækningen.

Boden udgør 10.000 kr. pr. påbegyndt dag efter tidsfristen. Bodens tilbageholdes i Vejdirektoratets betaling til rådgiveren.

Den samlede bod kan højst udgøre 10 % af det samlede honorar.”

Vejdirektoratet har oplyst, at baggrunden for den ændrede tidsfrist og nedsættelsen af det i ydelsesbeskrivelsen forudsatte antal boringer fra halvdelen af de i ydelsesbeskrivelsen anførte 45 til "forventeligt mindst 10" i kontrakten var Vejdirektoratets ønske om en fremrykket dato for aflevering af den foreløbige rapport. Den stramme tidsplan i forhold til VVM-rapporten, som skulle være klar inden Folketingets sommerferie af hensyn til planlægningen og designet af en ny bro, gjorde, at Vejdirektoratet og dennes rådgiver, Cowi, vurderede, at det var nødvendigt at fremrykke fristen til den 1. marts 2014. Dette var til åbenbar gene for Fugro, og det blev derfor – for at fastholde den økonomiske balance i kontrakten – under kontraktforhandlinger-

ne aftalt, at antallet af boringer, der skulle ligge til grund for den foreløbige rapport, til gengæld skulle nedsættes som anført i den indgåede kontrakt.

I ”executive summary” til den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport af marts 2014, som Fugro har udarbejdet, fremgår blandt andet:

”The original total scope of the ground investigation comprised:

- Forty-eight package locations; forty-six of which are in a marine environment and two of which are on land.
- ...

This interim report, as requested by the Client, comprises the information obtained from nine package locations (...) undertaken during the ”first pass” investigation. This interim report does not include geotechnical laboratory test results for these package locations.

The site work was undertaken between 4th February and 24th February 2014.”

Den foreløbige rapport, som Vejdirektoratet modtog den 4. marts 2014, er på over 700 sider. Rapporten er fremlagt for klagenævnet. GEO har haft adgang til uddrag af rapporten.

Vejdirektoratet har oplyst, at Fugro ved udgangen af marts måned 2014 havde foretaget 20 boringer svarende til, hvad det oprindeligt var forudsat i ydelsesbeskrivelsen skulle være grundlaget for den foreløbige undersøgelsesrapport med frist den 1. april 2014.

GEO har, jf. nærmere nedennævnte erklæring, oplyst, at GEOs tilbud var baseret på en forudsætning om, at opgaven blev udført med døgnarbejde 7 dage om ugen for at udnytte det maritime udstyr optimalt. Ifølge GEO indebærer den tidsmæssige begrænsning i udnyttelsen af udstyret en fordyrelse, som i alt kan opgøres til 544.940 kr. GEO har desuden opgjort ekstraomkostninger ved en ”julepause”, hvor GEO havde forudsat, at arbejdet ville ligge stille, til 185.130 kr. og merprisen ved at udføre avancerede laboratorieforsøg inden 1. april 2014 som en del af grundlaget for den foreløbige rapport til 477.865 kr.

Særligt ad påstand 5 og 7

Ved åbningen af tilbuddene den 4. november 2013 blev tilbudssummen i Fugros tilbud opgjort til i alt 25.799.813 kr. og dermed anset for det billigste. Vejdirektoratet besluttede på dette grundlag den 8. november 2014 at tildele kontrakten til Fugro.

I referatet fra mødet mellem Vejdirektoratet og Fugro den 19. november 2013 er det i punkt 3.1 anført:

”... noted that Fugro had omitted to sum the total value of the estimated standby (total approx DKK 1,025,000). This was an error on Fugro’s part. VD considered that, as the line items were for standby against weather, they did not form part of the Lump Sum prices and would be dealt with as Variations and therefore excluded from the Bill of quantities now.”

Parterne indgik som nævnt kontrakt den 29. november 2013.

Den fejl, som Fugro havde begået ved udfyldning af tilbudslisten, vedrørte tilbudsposterne 10.4.9 til 10.4.12. Det var for disse poster forhåndsdefineret, hvilken enhed der skulle afgives en enhedspris på (timer, dage og stk.), ligesom det i tilbudslisten var forhåndsdefineret, hvilket antal enheder der skulle anvendes ved beregningen af totalprisen (3, 10 og 20). Fugro havde angivet enhedspriser, men havde fejlagtigt undladt at udregne og oplyse totalpriser (antal enheder ganget med enhedspris). De manglende totalpriser udgør rettelig i alt 1.037.319 kr. og ikke de 1.025.000 kr., som fremgår af mødereferatet.

Erklæringer og forklaringer

Senior projektleder Lars A. Grøndallund Rasmussen hos GEO har i en erklæring af 13. oktober 2014 oplyst følgende:

”Erklæringen afgives i forbindelse med GEOs klage over Vejdirektoratets EU-udbud af aftale om geotekniske undersøgelser og rådgivning ved projekteringen af en ny Storstrømsbro og nedrivning af den eksisterende Storstrømsbro, samt relaterede følgearbejder (Vejdirektoratets udbud 2013/S 132-228858 - Geotekniske undersøgelser og rådgivning, 93200.R03 Storstrømsbroen).

Undertegnede er ansat som senior projektleder med ansvaret for projekter, som involverer geotekniske undersøgelser på havet. Mit arbejde omfatter faglige opgaver som geoteknisk ingeniør på undersøgelses-

hederne (skibe/platforme), arbejde som pladsleder og de sidst ca. 15 år som overordnet projektleder for projekter, som involverer geotekniske undersøgelser på havet.

Undertegnede har arbejdet i mere end 30 år indenfor området med alle former for marine geotekniske undersøgelser for broer (Farø, Storebælt, Øresund), tunneler (Storebælt og Øresund) og havne. Min arbejds erfaring omfatter endvidere marine geotekniske undersøgelser for olieinstallationer i Danmark (Nordsøen), Norge og Storbritannien og for mere end 20 store offshore vindmølleparker i Danmark, Sverige, Tyskland og Storbritannien.

Undertegnede har været med til at udarbejde GEOs tilbud på den nærværende opgave.

Geotekniske undersøgelser på havet

Nedenstående erklæring har til formål at belyse følgende forhold:

- 1) Lave vanddybders betydning for navigation.
- 2) Vejrforholdenes betydning ved tilbud på entreprenøropgaver på havet.

1. Lave vanddybders betydning for navigation.

Ved vurderingen af, hvilket materiel der skal anvendes til geotekniske undersøgelser på havet, er vanddybde og havbundsforhold af afgørende betydning.

Arbejder man med en platform, som ikke med sikkerhed kan tilgå det pågældende undersøgelsesområde er der en betydelig risiko for at støde på grund og dermed for havari.

Vanddybden er aldrig statisk og derfor må variationer fra anslåede værdier altid tages i betragtning.

Oplysningerne om vanddybden og havbunden ved Vejdirektoratets udbuds var bl.a.

- At vanddybden flere steder havde en anslået værdi og vejledende dybde på 2 meter.
- At der på havbunden kunne forekomme sten med en diameter på 1,5 meter eller mere.

- At boringerne skulle ske tæt ved kysten ved Masnedø og Falster samt ved øen Masnedø Kalv beliggende syd for Masnedø.

Derudover er det min erfaring fra arbejdet med flere opgaver i det område, hvor de udbudte undersøgelser skulle foretages,

- At vanddybder på 1,5 meter og derunder forekommer. Dette er både ved kysten og ved de øer som ligger i området.
- At strømforhold, tidevand og specielt store sten beliggende ovenpå havbunden kan påvirke vanddybden væsentligt.

På den baggrund er det min vurdering, at de geotekniske undersøgelser som beskrevet i udbudsmaterialet ikke kunne foretages med en platform, som ikke kunne tilgå lavvandsområder med en vanddybde på 1,5 meter og derunder.

2. Vejrforholdenes betydning ved tilbud på entreprenøropgaver på havet.

2.1 Forhold af betydning for den effektive arbejdstid

I forbindelse med tilbudsgivning på entreprenøropgaver på havet, som er afregnet efter "producerede enheder" er det afgørende at vurdere den effektive arbejdstid. Ved "effektiv arbejdstid" forstås den del af døgnet det er muligt at udføre reelt produktivt arbejde som honoreres efter de angivne poster i tilbudslisten.

Det er vigtigt, idet indtjeningen (baseret på antal producerede enheder f.eks. borede metre (item 10.2.3)) og omkostningerne er bestemt af forskellig mekanismer. Omkostninger bestemmes af det antal døgn udstyret (fartøjer/geoteknisk materiel) og det marine mandskabet er på undersøgelseslokaliteten uagtet, hvor mange enheder der produceres. Eksempelvis er platformslejen og mandskabslønnene det samme uagtet om der er boret 5, 10 eller 20 meter boring pr. døgn.

De forhold der indgår i vurdering af den effektive arbejdstid er:

- Årstiden, herunder en vurdering af hvad er det forventede vejrlig i undersøgelsesperioden til søs. I vejrlig indgår typisk en vurdering af effekten af bølger, vind, strøm og is
- Øvrige forhold så som lavere produktion/effektivitet pr døgn som følge af mørke, lave temperaturer, vejrgener (sne, regn etc.), vanskelige arbejdsforhold og døgn/weekend/natarbejde

- Nødvendig daglig vedligeholdelse/smøring og service af udstyr

2.2 Særlige forhold i forbindelse med tilbuddet til Vejdirektoratet

Det aktuelle job for Vejdirektoratet var planlagt med start til søs i november og løbende til april (ydelsesbeskrivelsen, afsnit 3 og 9, bilag 5). Feltarbejdet er således beliggende i vinterperiode, hvor den effektive arbejdstid til søs ubetinget er lavest og meget forskellig for arbejde udført i forårs-, efterårs- og specielt sommerperioden.

Vejrligsforholdene var af afgørende betydning for det aktuelle tilbud både økonomisk og tidsmæssigt. Den økonomiske risiko for variationer og usikkerheder for vejrlig var taget at bygherren idet der i tilbudslisten indgik poster (10.2.9, 10.2.10, 10.3.10, 10.3.11, 10.4.9, 10.4.10), hvor entreprenøren blev godtgjort, hvis hans udstyr ikke kunne arbejde som følge af vejrlig.

De øvrige forhold, som påvirker den effektive arbejdstid måtte entreprenøren selv indregne i hans tilbud jf. tilbudslisten bilag 7. Eksempelvis skal der angives en enhedspris, der for hver undersøgelsestype i relation til vanddybden, dækker alle udgifter til de nødvendige aktiviteter for at kunne gennemføre forsøget/boringen for posterne 10.2.3-7 og 10.3.3 -7.

For at opfylde Vejdirektoratets krav og udnytte det dyre marine udstyr optimalt var det GEOs (og Fugros vurdering), at døgnarbejde 7 dage om ugen var nødvendigt.

For “traditionelle opgaver” til søs i perioden april til oktober, der foregår i døgndrift og 7 dage om ugen, er den effektive arbejdstid erfaringsmæssigt gennemsnitlig 22 timer pr. døgn. Gennemsnitlig 2 timer dagligt er således allokeret til ovennævnte øvrige forhold, og vedligeholdelse/service.

For den aktuelle opgave for Vejdirektoratet, der lå fra november og fremad blev det vurderet, at den effektive arbejdstid var betydelig lavere end de normale 22 timer per døgn, grundet det faktum at arbejdet skulle foregå i en meget mørk og sandsynligvis kold periode. Begge forhold ville, som beskrevet i nedennævnte påvirke effektiviteten:

2.2.1 Dagslys

Det forhold at mængden af dagslys i november – februar var meget begrænset blev vurderet af afgørende betydning for navigation på de lavvandede områder. At flytte en platform ind på sådanne lavvandede områder er generelt vanskeligt og risikofyldt. Flytningerne skulle foregå i

et område, hvor der var store sten og derfor risiko for lavt vand/grundstødning og risiko for at påføre væsentlige skader på platformen (rive hul i bunden, ultimativt havari). Arbejdet skulle endvidere foregå i et område, hvor der er stærk strøm, som kan forstyrre navigationen og endelig positionering af platformen over borepunktet.

Det blev vurderet umuligt at navigere i de lavvandede områder alene ved instrument navigering (GPS/positionssystemer) som sædvanen ellers er for "normale" undersøgelser. Visuel navigering, der kræver dagslys, blev derfor vurderet som nødvendigt for at få platformen sikkert ind til undersøgelsespunkterne uden grundstødning/havari.

2.2.2 Temperatur

Det forhold, at temperaturen i undersøgelsesperioden fra november til februar kunne være meget lave ville ubetinget have en negativ påvirkning på effektiviteten. Dette gjaldt specielt boreprocesserne på platformen, hvor der indgik vand. Diverse frostsikringer og arbejder for optøning ville bl.a. påvirke produktionen, men også det simple forhold at arbejdsprocesser udført i kulde/frost tager længere tid end tilsvarende processer udført i lunere vejr.

2.3 Den effektive arbejdstid for den konkrete opgave

Baseret på ovennævnte beskrevne forhold blev det vurderet, at den effektive arbejdstid ville være lavere end for normale arbejder til søs udført i forårs-, sommer- eller efterårsperioden. Med udgangspunkt i navigationsforholdene i de lavvandede områder blev den effektive arbejdstid også vurderet at være forskellig afhængig af om arbejdet skulle foregå ved lokaliteter på lavt eller dybt vand. Den effektive arbejdstid for "lavt vands udstyret" blev vurderet til 18 timer pr døgn og 20 timer pr døgn for "dybvands udstyret".

Ekstraomkostningerne for lavtvands udstyret er således godt 18 % ($4 \text{ timer} / 22 \text{ timer} * 100 \%$) i forhold til, hvis arbejdet var blevet udført i forårs, sommer eller efterårsperioden. Tilsvarende var ekstraomkostningerne for dybtvandsudstyret godt 9 % ($2 / 22 * 100 \%$).

Tidspunktet for de geotekniske undersøgelser har således haft afgørende betydning for GEOs tilbud på opgaven. Såfremt det efter udbudsbetingelserne havde været muligt at ligge en større del af borearbejdet i forårs- og sommerperioden kunne GEO have givet et tilbud med en lavere pris."

Lars A. Grønlund har supplerende forklaret, at han kan vedstå den afgivne erklæring. Det fremlagte søkort viser Storstrømmen og vanddybderne heri.

Vanddybderne kan godt være anderledes end angivet på kurverne på grund af måleunøjagtigheder. Der tages på sådanne søkort heller ikke højde for store sten. Forundersøgelserne, som GEO havde udført, viste betydelig forekomst af store sten. De vanddybder, som oplyses i tabel 2 i ydelsesbeskrivelsen, passer ikke med virkeligheden, som han kender den. Der er blandt andet ikke taget højde for stenene. Det anførte i ydelsesbeskrivelsen viser, at der også skal være bropiller på lavt vand. De konkrete undersøgelsespunkter, som vises på kortet, er sat ind af GEO baseret på Vejdirektoratets positionsliste til Fugro fra februar 2014 om, hvilke punkter der skulle undersøges. Herudover er der markeret de faktisk udførte undersøgelser. Den planlagte placering af bropillerne modsvares af de punkter, som skulle undersøges ifølge tabel 2 i ydelsesbeskrivelsen. Det er en forudsætning for projektet og udbuddet, at der foretages undersøgelse ved hver eneste bropille. Hvis de ikke undersøges i den udbudte forundersøgelse, skal denne undersøgelse nødvendigvis foretages senere. På det andet kort er de ledninger (elkabler), som ifølge Vejdirektoratet hindrede, at der blev udført undersøgelser som følge af tæthed til ledningerne, markeret. Efter hans opfattelse er det underligt, at visse af undersøgelsespunkterne, som lå lige så tæt på ledningerne, kunne undersøges, når man hævder, at visse andre (på lavt vand) ikke kunne udføres på grund af ledningerne. GEOs udfordring med projektet var de lave vanddybder og risikoen for grundstødning.

Avancerede laboratorieforsøg er blandt andet de data, som skal bruges til brug for projekteringen af funderingen af broen, og data om levetid. Grundlaget for forsøgene er den ”jord-cylinder”, man henter op ved borerne. Man simulerer blandt andet pres fra en bropille. Forsøgenes varighed varierer afhængig af jordtype. Typisk varer forsøg 1-3 uger. Forsøgene skal dagligt aflæses og baseret på de foreløbige resultater, skal man tage stilling til, om man skal ændre noget i opstillingen. Udstyret kan ikke anvendes til andre formål i forsøgsperioden. Det var kritisk, at der skulle foretages avancerede laboratorieforsøg på 22 borer inden for tidsfristen den 1. april 2014. Det betød, at borerne skulle være færdige i løbet af januar 2014.

Det er normal praksis hos GEO, at enhedspriser varierer afhængig af, hvornår på året arbejdet skal udføres. Vejdirektoratet bærer ifølge udbudsbetingelserne vejrligsrisikoen i klassisk forstand, men ikke for de kortere arbejdsdage mv.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2 (subsidiær til påstand 1)

GEO har gjort gældende, at det var et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, at geotekniske undersøgelser kunne foretages på en havbundsdybde på 1-1,5 meter. Områder med en havbundsdybde på 0-2 meter var således klart angivet i ydelsesbeskrivelsen som undersøgelsesområder, hvor der skulle foretages geotekniske undersøgelser. Områderne udgør en så væsentlig del af det udbudte undersøgelsesområde (11 forsøgsområder med en anslået vanddybde på 2 meter), at man som tilbudsgiver måtte påregne, at de geotekniske undersøgelser skulle foretages i disse områder. Det var endvidere angivet, at værdierne var anslåede værdier, som kun er vejledende, og at de faktiske værdier kunne afvige. Ved lave vanddybder i et område tæt ved kysten, tæt ved øer (Masnedø og Masnedø Kalv) og med påvirkning fra tidevand, er der utvivlsomt en risiko for, at vanddybden i disse områder også kan være på under 1,5 meter. Hertil kommer en høj risiko for forekomst af store sten, som også fordrer, at tilbudsgiverens materiel kan operere i områder med en vanddybde på under 1,5 meter, jf. blandt andet Vejdirektoratets svar på spørgsmål 29. Selvom Vejdirektoratet ikke direkte har stillet krav om udførsel af borerer ved lokaliteter på lave vanddybder, var et sådant krav på den baggrund utvivlsomt et grundlæggende element ved udbuddet.

Undersøgelser på lave vanddybder kan ikke foretages med det samme materiel som undersøgelser på dybere vand. Derfor var det nødvendigt at byde ind med to platforme til opgaven, som GEO gjorde det. Selvom Vejdirektoratet ikke har opstillet eksplicitte krav til, hvilket udstyr der skulle bruges, var det nødvendigt med to platforme for at kunne udføre de udbudte undersøgelser.

Tilbuddet fra Fugro indeholdt et forbehold for kravet om undersøgelser på lave vanddybder, i og med det klart fremgår, at der tilbydes én boreplatform, som ikke kan anvendes på vanddybder lavere end 1,5 meter.

Realiteten er da også, at der ikke er foretaget de oprindeligt forudsatte borerer på lav vanddybde, jf. oplysninger, som Vejdirektoratet er fremkommet med. Ud af de 9 lokaliteter, som der ikke er foretaget borerer ved, befinder de 6 sig på de lave vanddybder. Som vist ved GEOs illustration og

oversigt med koordinater er der med en enkelt undtagelse hverken foretaget de planlagte boringer eller andre boringer på lokaliteter med lave vanddybder. Det faktum, at ordregiveren efterfølgende har undladt at foretage undersøgelserne på de vanddybder, som er beskrevet i udbudsbetingelserne, kan ikke medføre, at det ikke var et krav eller udgjorde et grundlæggende element i udbudsbetingelserne i forbindelse med udbuddet. Det forekommer utroværdigt, at Vejdirektoratet påberåber sig et behov for en sikkerhedsafstand på 200 meter til kabler. En normal sikkerhedsafstand er efter GEOs erfaring, jf. også korrespondancen med Energinet.dk, ikke på mere end 50 meter.

Subsidiært indeholdt tilbuddet fra Fugro et væsentligt forbehold, som skulle have været kapitaliseret, for gennemførsel af geotekniske undersøgelser på havbundsdybde på 1-1,5 meter. Den tilbudte platform kan således ikke håndtere sådanne undersøgelser – hvilket var åbenbart for Vejdirektoratet ud fra beskrivelsen af platformen og i øvrigt også fremgik klart på mødet den 19. januar 2014.

Efter praksis skulle Vejdirektoratet ved kapitaliseringen tage udgangspunkt i, at det beregnede beløb med sikkerhed eller i hvert fald med en høj grad af sikkerhed skulle kunne dække den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære. Prissætningen på gennemførsel af geotekniske undersøgelser på havbundsdybde på 1-1,5 meter koster som minimum de 1.261.345 kr., som er anført i GEOs omkostningsopgørelse. Beløbet er oven i købet meget lavt sat, da omkostninger til leje af platforme ikke er indregnet. Prissætningen tager udgangspunkt i GEOs forhold, men er realistisk, idet Fugro og GEO er jævnbyrdige konkurrenter på markedet for geotekniske undersøgelser både i Danmark og i andre lande.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at det ikke var et krav – endsige et grundlæggende element – i udbudsmaterialet, at der skulle foretages undersøgelser på vanddybder på 1-1,5 meter. Bortset fra undersøgelsesområderne baseret på land, ligger vanddybden for de 45 undersøgelsesområder i tabel 2 i intervallet fra 2-14 meter. Der er heller ikke andre steder anført noget om, at det skulle være et krav at udføre undersøgelser på vanddybder på 1-1,5 meter. I udbudsmaterialet er der ikke angivet koordinater for de enkelte undersøgelsesområder. Vejdirektoratet ønskede netop at holde den præcise fastlæggelse af undersøgelsesområderne åben, indtil der var større klarhed angående havbundsforholdene og broens placering. De præcise koordinater

for undersøgelsesområderne ville således først blive meddelt efter indgåelse af kontrakten, jf. spørgsmål/svar nr. 52 og nr. 64. Det forhold, at undersøgelsesområder ikke var fastlagt præcist med koordinater i udbudsmaterialet, støtter, at det aldrig kan være et grundlæggende krav i kontrakten, at der skulle udføres undersøgelser på 1-1,5 meter.

Da de præcise koordinater for undersøgelsesområderne ikke var kendt for tilbudsgiverne på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, kan disse punkter i sagens natur heller ikke have ligget til grund for tilbudsafgivelsen. Når GEO hævder noget andet nu, er det en efterrationalisering. Hertil kommer, at den risiko, GEO fremhæver for lave vanddybder ved områder tæt ved kysten og med stor påvirkning af tidevand, ikke er reel. Ud af de fremhævede 11 forsøgspunkter er det således kun det første og de to sidste forsøgspunkter, der er beliggende i områder tæt ved kysten. De resterende 8 forsøgspunkter (med ID-nr. I12- I19) er beliggende væk fra kysten. Der er heller ikke en stor påvirkning fra tidevand. Der er i Storstrømmen – ligesom de fleste andre steder i Danmark – kun tidevand i meget beskedent omfang. Ydermere har tidevand kun betydning, når platformen er i bevægelse til og fra et undersøgelsespunkt. Når platformen er på undersøgelsespunktet, slås de fire ben på platformen ned, så platformen grundfæstnes, så eventuelt tidevand ikke har praktisk betydning. Dette bekræftes også af det forhold, at en af de gennemførte boringer, nemlig B48, blev gennemført på kun 1,57 meters havdybde, jf. oversigten over de faktiske vanddybder på undersøgelsesområderne. Fugro har i øvrigt meget betydelig erfaring med udførelse af undersøgelser i England, hvor der er langt mere tidevand end i Danmark.

Vejdirektoratet forventede ikke, at der ville være store sten på havbunden i områderne med lave vanddybder, som ville udgøre et praktisk problem i forbindelse med undersøgelserne.

Det er korrekt, at alle boringer nu er foretaget, uden at nogen af disse har fundet sted på vanddybder på 1-1,5 meter. Det skyldes, at der aldrig har været behov for undersøgelser på vanddybder på 1-1,5 meter, og ikke at Fugro ikke var i stand til at foretage sådanne boringer. Vanddybden har ikke været afgørende for, om boringerne er foretaget eller ej. Det understøttes af, at to af de planlagte boringer, som ikke er blevet gennemført, er placeret i områder med meget store vanddybder (B9 og B10), ligesom der er gennemført en række boringer i områder med lav vanddybde, blandt andet B06, B13 og B21. Baggrunden for, at der ikke blev foretaget boringer på B04, B05, B08,

B10, B12, B15, B16, B18 og B19, var, at der var placeret kabler på havbunden i dette område, og at der ikke måtte foretages boringer i en sikkerhedsafstand på 200 meter til disse kabler. Undersøgelsesområderne blev derfor parallelforskuet. Når boringerne skulle foretages langt fra den forventede placering af fundamenterne, stod brugbarheden af resultatet ikke mål med omkostningerne (og sikkerhedsrisikoen) ved at få boringerne foretaget. Derfor besluttede Vejdirektoratet, at der ikke skulle foretages boringer på ca. hvert andet undersøgelsespunkt i områderne med kabler. De tre boringer, der senere blev tilføjet, hvor endevederlaget til broen var planlagt, B46-B48, er placeret i områder, hvor vanddybden var lav. Navnlig B48 var placeret et sted, hvor vanddybden var på 1,59 meter, jf. Vejdirektoratets oversigt. Dette illustrerer også, at Vejdirektoratet ikke har søgt at undgå lave vanddybder.

Selv hvis der var tale om et krav om udførelse af undersøgelser på vanddybder på 1-1,5 meter, er der ikke grundlag for at antage, at Fugro ikke levede op til/ville kunne leve op til dette krav. Fugro har således ikke noget sted i tilbuddet anført, at der ikke vil kunne udføres arbejder ved mindre end 1,5 meters havdybde. Platformen kan desuden gøres lettere, ved at man f.eks. fjerner en del af benene. Dermed kan platformen tilgå lavere vanddybder. Af de to e-mails af 9. og 10. februar 2014 fra Fugro fremgår også, at platformen ville kunne tilgå de lave vanddybder i stille vejr.

Under alle omstændigheder var der ikke pligt for Vejdirektoratet til at undersøge, om Fugro kunne leve op til de enkelte nærmere krav i udbuddet, når tilbuddet – som tilfældet var – ikke indeholdt forbehold eller oplysninger, som umiddelbart måtte forstås som et forbehold, jf. i så henseende en fast klagenævns- og retspraksis.

For så vidt som klagenævnet måtte finde, at Fugro har taget et forbehold, som skulle kapitaliseres, skal en eventuel kapitalisering ske med et lavere beløb end det uforholdsmæssigt høje beløb, som GEO anfører.

Selv hvis der sker kapitalisering med det beløb, som GEO gør gældende, ville dette i øvrigt ikke ændre ved resultatet af tilbudsvurderingen, hvorefter Fugros tilbud er det med den laveste pris.

Ad påstand 3-3b

GEO har gjort gældende, at tilbuddet fra Fugro indeholder et væsentligt forbehold for avancerede laboratorieforsøg.

Avancerede laboratorieforsøg er, jf. også henvisningen til de normer, der beskriver, hvordan de enkelte forsøg skal udføres, detaljeret beskrevet som en del af den udbudte opgave i ydelsesbeskrivelsen. I tilbudslisten er der angivet 12 forskellige poster, hvor prisen for de avancerede laboratorieforsøg skal angives. Beskrivelsen omfatter utvivlsomt forsøg, som går ud over det antal dage og de tekniske ydelser, Fugro har begrænset dem til, allerede fordi ordregiveren ikke har anført en sådan begrænsning i tilbudslisten (punkt 10.7.1-12) eller i øvrigt i det ellers ret omfattende udbudsmateriale.

Fugro har tilbudt én basispris for de avancerede laboratorieforsøg og en anden pris i tillæg til basisprisen, hvis forsøgene tager længere tid. Samlet set udgør disse priser Fugros pris for avancerede laboratorieforsøg. Fugro har dermed prissat i strid med den krævede struktur i udbudsmaterialet. Dette indebærer, at Vejdirektoratet ikke kunne beregne en delpris for ydelsen. En aftale på grundlag af tilbuddet ville betyde, at alle relevante (og i udbudsmaterialet forudsatte) laboratorieforsøg ikke var omfattet.

Fugros prissætning er ikke en præcisering af tilbuddet, men en begrænsning af den ydelse, der tilbydes ved priserne på de af Vejdirektoratet angivne poster i tilbudslisten. Københavns byrets dom af 2. april 2014, Assemble A/S mod Digitaliseringsstyrelsen, er ikke sammenlignelig, allerede fordi tildelingskriteriet ikke var ”laveste pris”. En tilsvarende afgørelse i denne sag vil medføre, at der kan antages tilbud på vidt forskellige ydelser, hvilket både ville være vilkårligt og ugenomsigtigt.

Vejdirektoratet kunne umiddelbart konstatere forbeholdet ved at sammenholde tilbuddet med udbudsbetingelserne, særligt ydelsesbeskrivelsen og tilbudslisten.

Ad påstand 3

Tilbudslisten var et grundlæggende element i udbudsmaterialet, dette så meget desto mere, fordi tildelingskriteriet er ”laveste pris”, og tilbudslistens poster er dermed afgørende for tildelingsbeslutningen, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 12. august 2009, Novalis A/S mod Personalestyrelsen.

Fugro har begrænset ydelserne i tilbudslisten, både for så vidt angår det fagtekniske omfang og den tidsmæssige udstrækning. Derved har Fugro taget forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Ad påstand 3a (subsidiær til påstand 3)

Såfremt klagenævnet måtte komme frem til, at der ikke er tale om forbehold for et grundlæggende element, har forbeholdet flyttet en risiko fra Fugro til Vejdirektoratet, hvilket har givet Fugro en økonomisk fordel. Den fordel må kapitaliseres for at sammenligne Fugros tilbud med de andre tilbud. Forbeholdet kan imidlertid ikke kapitaliseres.

De forsøg, de udbudte ydelser vedrører, er afgrænset ved standarder, som ikke fastsætter et bestemt tidsmæssigt maksimum for forsøgene. Den tidsmæssige udstrækning vil variere fra forsøg til forsøg afhængig af de konkrete prøvers indhold. Derfor er det ikke muligt at estimere værdien af forsøg, som går ud over den tid, Fugro har begrænset de oprindelige tilbudsposter til. På baggrund af det, som Vejdirektoratet har oplyst, må det desuden lægges til grund, at det har været uklart for Vejdirektoratet, hvordan de af Fugro anvendte forkortelser skal forstås. Vejdirektoratet har således forstået forkortelsen sådan, at priserne var ”ruled out” og dermed slet ikke skulle tages i betragtning. GEO er derimod af den opfattelse, at r/o står for ”rate only”, hvilket skal forstås sådan, at der er angivet en pris, men ikke en mængde (antal enheder). Det følger heraf, at afgrænsningen af forbeholdet er uklar. Derfor var det umuligt at kvantificere og prissætte Fugros forbehold på en måde, der skabte fuld sikkerhed for, at Fugro ikke ved at tage forbeholdet opnåede en økonomisk fordel i forhold til de tilbudsgivere, som ikke havde taget forbehold.

Også af denne grund skulle tilbuddet have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Den omstændighed, at Vejdirektoratet ikke i kontraktens løbetid har betalt for de ydelser, hvor der er taget forbehold om varighed mv., medfører ikke, at forbeholdene ikke har haft betydning. Det efterfølgende forløb er for det første uden betydning for, hvordan Vejdirektoratet skulle have bedømt tilbuddet ved tildelingen. Desuden kan der være mange årsager til, at Vejdirektoratet ikke er blevet opkrævet betaling for de avancerede laboratorieforsøg, som strækker sig ud over de dage og tekniske ydelser.

Ad påstand 3b (subsidiær til påstand 3a)

Tilbuddet fra Fugro indeholdt i hvert fald et væsentligt forbehold, som skulle have været kapitaliseret i videre omfang end sket.

Da laboratorieforsøg af længere varighed sædvanligvis forekommer, og dette kan medføre en fordobling af prisen på det pågældende forsøg, udgør en fornøden prissætning et større beløb end det, som Vejdirektoratet evalueringsteknisk har ladet de avancerede laboratorieforsøg indgå med ved vurderingen af Fugros pris.

Vejdirektoratet har gjort gældende:

Ad påstand 3

Det beror på en konkret vurdering, om et forbehold vedrører et grundlæggende element. En ordregivers tilbudsliste udgør ikke automatisk et grundlæggende element i tilbuddet.

I denne sag står der – i modsætning til Novalis-kendelsen – ikke noget i udbudsbetingelserne eller udbudsmaterialet i øvrigt om, at der ikke kunne tages forbehold for tilbudslisten.

Fugro har ikke ved det, som står i Fugros tilbudsliste, taget et forbehold, som indebærer, at Fugro ikke skulle udføre de krævede laboratorieforsøg. Det anførte vedrører alene prissætningen herfor.

Avancerede laboratorieforsøg er kun helt overordnet beskrevet i udbudsmaterialet, da det på tidspunktet for dets udarbejdelse endnu ikke var muligt at give oplysninger om forsøgsprocedurer. Det fremgår direkte, at der (inden iværksættelsen) skulle udarbejdes detaljerede forsøgsprocedurer for hver enkelt forsøgstype, og at procedurerne skulle godkendes før start af det respektive forsøg.

Ordregiveren skal, når udbudsmaterialet er uklart, efter klagenævnets faste praksis i højere grad acceptere, at tilbudsgiverens bemærkninger skal betragtes som præciseringer og ikke som forbehold. Fugro har i prislisten tilføjet en ekstra pris for de fleste af de 12 forsøgstyper, hvor forsøgene over-

stiger et givent antal dage og har også på enkelte andre punkter præciseret, hvad det er for en ydelse, der betales for. Prisen for de enkelte forsøgstyper er dermed præciseret. Dette svarer til de præciseringer foretaget af en tilbudsgiver, som blev anset for ikke at være forbehold i den sag, der blev afgjort ved Københavns byrets dom af 2. april 2014, Assemble A/S mod Digitaliseringsstyrelsen.

Det, som Fugro har anført i tilbudslisten, må på den baggrund betragtes som en præcisering og nuancering af tilbudsprisen, hvilket Vejdirektoratet kan acceptere, da det ligger inden for det evalueringstekniske skøn, der tilkommer Vejdirektoratet som ordregiver at udøve. Under alle omstændigheder er der ikke tale om et forbehold for et grundlæggende element.

Ad påstand 3a (subsidiær til påstand 3) og 3b (subsidiær til påstand 3a)

For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at Fugro har taget et forbehold (som ikke vedrører et grundlæggende element), har Vejdirektoratet foretaget behørig kapitalisering.

Fugros evalueringstekniske sum er således blevet forhøjet med 553.415 kr., fordi Vejdirektoratet har tillagt ”ekstraprisen” (for forsøg, der varer mere end det nærmere bestemte antal dage).

Med hensyn til det, som GEO har anført om forkortelsen ”r/o”, er Vejdirektoratet enig i klagerens forståelse, som også er den, der er lagt til grund ved evalueringen. Det, som blev anført under mødet i klagenævnet, beror på en misforståelse. Der er og var således ikke nogen uklarhed om forståelsen af udtrykket ”r/o”.

Det, som Fugro havde anført ud for posterne 10.6.18 (Porevandskemi) og 10.7.1 (Unconfined Compression Test), var i overensstemmelse med det tiltænkte indhold af posterne og indebar ikke nogen begrænsning. Der henvises herved til erklæringen af 1. december 2014 fra Dr. Rainer Massarch.

Af erklæringen fremgår ligeledes om Fugros tilføjelser vedrørende ”Triaxial Test” og ”Svelling Test”, at det antal dage, Fugro havde indsat, var ”... correct and adequate ...”, og at Fugros tilføjelser var ”... helpful clarifications ...”. Prisen for disse tests blev tillagt totalprisen for at sikre, at Fugro ikke fik en fordel set i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Det, som anføres i erklæringen, bekræfter, at Vejdirektoratet har foretaget en saglig vurdering og prissætning af tilføjelserne i tilbudslisten, som holder sig inden for rammerne af det evalueringstekniske skøn, som tilkommer Vejdirektoratet som ordregiver.

Som vist i Vejdirektoratets seneste hjælpebilag ville Fugros tilbud stadig være det billigste, selvom de tilføjelser i Fugros tilbudsliste, som Vejdirektoratet ikke kapitaliserede i forbindelse med tilbudsevalueringen, nu kapitaliseres. Anvendes GEOs priser for avancerede laboratorieforsøg som udgangspunkt for en kapitalisering af alle tilføjelserne i Fugros tilbudsliste, inklusive de tilføjelser, som ikke blev kapitaliseret ved evalueringen (sådan at GEOs pris for avancerede laboratorieforsøg anvendes i stedet for Fugros), er prisforskellen mellem de to tilbud 2.183.621 kr.

I øvrigt kan det oplyses, at Vejdirektoratet til Fugro har betalt mindre for avancerede laboratorieforsøg end det beløb på 1.620.030 kr., som Fugros tilbud på avancerede laboratorieforsøg blev opgjort til ved evalueringen.

Ad påstand 4 og 6

GEO har gjort gældende, at der ikke er identitet mellem den udbudte opgave, som stillede krav om en foreløbig rapport omfattende resultatet af feltundersøgelser og avancerede laboratorieforsøg for boringer ved ca. 22,5 lokaliteter, og den rapport, som Fugro leverede til Vejdirektoratet den 4. marts 2014.

Spørgsmål/svar nr. 85 kan i den forbindelse ikke forstås sådan, at avancerede laboratorieforsøg ikke skulle indgå i den foreløbige rapport. Såfremt det var tilfældet, ville svaret have været ”ja”.

Omfanget af den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport er ændret fra ved udbuddet at være boringer ved ca. 22,5 lokaliteter og avancerede laboratorieforsøg heraf til ved kontraktindgåelse at være boringer ved 10 lokaliteter samt avancerede laboratorieforsøg af dem.

Det var et krav i kontrakten, at den foreløbige tolknings- og undersøgelsesrapport skulle baseres på data (herunder avancerede laboratorieforsøg) fra boringer ved minimum 10 lokaliteter, idet det er anført i aftalen: ”forvente-

ligt mindst 10 boringer”. Antallet af boringer blev i praksis yderligere nedsat. Af den foreløbige rapport, som Fugro har leveret, fremgår det således, at rapporten omfatter informationer fra boringer ved 9 lokaliteter.

Det fremgår endvidere, at rapporten ikke inkluderer resultater fra avancerede laboratorieforsøg overhovedet.

Der skete dermed en væsentlig ændring set i forhold til den udbudte opgave, idet mere end halvdelen af boringerne ikke længere skulle udføres forud for og som grundlag for den foreløbige rapport, og fordi rapporten endte med slet ikke at omfatte resultater fra avancerede laboratorieforsøg.

Ved at acceptere den foreløbige tolknings- og undersøgelsesrapport med et indhold og omfang, som er et andet og betydeligt mindre end det udbudte og aftalte, har Vejdirektoratet indgået en ny aftale, som medfører fornyet udbudspligt. Forskellen i pris kan økonomisk opgøres til summen af de omkostninger til arbejde om vinteren (544.940 kr.), julepause (185.130 kr.) og tidlig udførelse af avancerede laboratorieforsøg (477.865 kr.), som GEO har opgjort, at den oprindeligt forudsatte udførelse ville indebære for GEO.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at der ifølge ydelsesbeskrivelsen og udkastet til kontrakt den 1. april 2014 skulle foreligge ”en foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport primært baseret på resultaterne af de udførte feltundersøgelser af første ombæring”, som skulle bruges som grundlag i VVM-undersøgelsen. Den afleverede foreløbige rapport var fuldt ud tilstrækkelig i forhold til det beskrevne formål.

Den ved kontraktindgåelsen foretagne justering med fremrykning af fristen for aflevering af den foreløbige rapport og samtidige nedsættelse af antallet af boringer, som ”forventeligt” skulle være mindst 10, blev foretaget på Vejdirektoratets foranledning og i Vejdirektoratets interesse. Ændringen medførte ikke en mindre samlet arbejdsbyrde, og ændringen lå inden for Vejdirektoratets almindelige skønsmæssige beføjelse som ordregiver. Efter formuleringen i kontrakten er der ikke fastsat et absolut krav om mindst 10 boringer. At det i praksis blev anset for tilstrækkeligt med 9 boringer er således ikke i strid med kontrakten, og selv hvis det var, ville det være et rent kontraktuelt spørgsmål mellem Vejdirektoratet og Fugro.

Angående tidspunktet for udførelsen af undersøgelserne er det i udbudsbetingelserne anført, at tidsplanen forventes at være således, at de geotekniske undersøgelser indledes midt i november 2013 og afsluttes i august 2014. GEO har oplyst, at GEO lagde til grund, at halvdelen af undersøgelserne på havet skulle foretages fra november og frem til senest marts 2014. Ved slutningen af marts måned havde Fugro foretaget 20 boringer. Dermed er de af Fugro udførte boringer både i overensstemmelse med den forventede tidsplan i udbudsmaterialet og med GEOs forudsætninger ved tilbudsafgivelsen.

En fastsættelse af et mindre antal boringer på 9 (eller 10) som ”betaling” for den fremrykkede frist for den foreløbige rapport er en sædvanlig justering under de efterfølgende kontraktmæssige præciseringer mv., som stort set altid finder sted efter tildelingen – navnlig når der er tale om en kontrakt, som den, der her er tale om.

Sådanne ændringer er, jf. navnlig EU-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext, og dom af 5. oktober 2000 i sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, kun et udbudsretligt problem, hvis ændringen har været væsentlig og herunder haft en sådan karakter, at det har forrykket den økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver. Det er utvivlsomt ikke tilfældet i denne sag.

For så vidt angår de avancerede laboratorieforsøg, fremgår det af ydelsesbeskrivelsen, at de havde ”milestones” i maj 2014 - juli 2014, det vil sige efter afleveringen af den foreløbige rapport. Af spørgsmål/svar nr. 85 fremgår det da også, at der er spurgt, om dette betød, at de avancerede laboratorieforsøg skulle udføres i dette tidsrum og dermed ikke blev en del af de foreløbige rapporter. Hertil blev svaret, at en separat tidsplan kunne aftales for de avancerede laboratorieforsøg. Der var således også i spørgsmål/svar angivet, at laboratorieforsøgene ikke skulle indgå i den foreløbige rapport, medmindre en separat tidsplan blev aftalt. Det bemærkes i den forbindelse, at rettelsesbladene har forrang for ydelsesbeskrivelsen, jf. udkast til kontrakt og den indgåede kontrakt. Det er således i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne, at der ikke er udført avancerede laboratorieforsøg, som en del af grundlaget for den foreløbige rapport.

Hvis klagenævnet måtte mene, at avancerede laboratorieforsøg skulle udføres som en del af grundlaget for den foreløbige rapport, er frafaldet af et så-

dant krav (på samme måde som vedrørende spørgsmålet om de 9 boringer) udtryk for en sædvanlig og lovlig efterfølgende kontraktstyring.

GEO og Fugro har afgivet tilbud på grundlag af samme udbudsmateriale og har dermed været stillet fuldstændig ens. Det er uden betydning og savner mening, når GEO oplyser, hvad GEOs tilbudspris ville have været, hvis forholdene havde været anderledes, men holder fast ved Fugros oprindelige tilbudspris.

Ad påstand 5 og 7 (subsidiær til påstand 5)

GEO har om påstand 5 gjort gældende, at korrektionen vedrørende Fugros manglende medtagelse i tilbuddet af de 1.025.000 kr., som nævnes i punkt 3.1 i referatet af mødet mellem Fugro og Vejdirektoratet den 19. november 2013, og som skete efter tildeling, men før kontraktindgåelse, udgør en væsentlig ændring. Ændringen betyder, at der ikke er identitet mellem den udbudte opgave og den opgave, der blev indgået kontrakt om.

Efter klagenævnets praksis, jf. nævnets kendelse af 2. september 2010, Merrild Coffee Systems A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb, er det i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet at foretage tilføjelser til tilbudsgiverens tilbudsliste og gennemføre tilbudsevalueringen på den baggrund. Det er i strid med samme princip at foretage tilbudsevalueringen på grundlag af en tilbudsliste, hvor alle prissummerne ikke indgår i den evalueringstekniske pris.

Vedrørende påstand 7 har GEO gjort gældende, at Vejdirektoratet ved en fejl ikke under evalueringen har ladet priserne for tilbudsposterne 10.4.9-10.4.12 indgå i den evalueringstekniske pris, da Fugro alene havde oplyst enhedspriser og ikke udfyldt sumpriserne.

Påstand 7 skal derfor tages til følge.

Vejdirektoratet har om påstand 5 gjort gældende, at det allerede inden kontraktindgåelsen stod Vejdirektoratet klart, at sumpriserne for tilbudsposterne 10.4.9 - 10.4.12 ikke var medregnet i den evalueringstekniske pris, jf. referatet af mødet den 19. november 2014. Fejlen, som det ad påstand 7 erkendes formelt set er en overtrædelse, blev, som det fremgår af mødereferatet, rettet.

En korrektion af en fejl ved en tilbudsgivers opgørelse af tilbudssummen vil aldrig kunne indebære en væsentlig ændring mellem den indgåede kontrakt og den udbudte aftale. Korrektion af fejl medfører netop, at identiteten mellem den udbudte opgave og den indgåede kontrakt sikres. Lægges de beløb, Fugro i relation til tilbudsposterne 10.4.9-10.4.12 ved en fejl havde undladt at oplyse som sumpriser (antal enheder ganget med enhedspris), men alene havde oplyst som enhedspriser, ind i tilbudslisten, udgør (de manglende) sumpriser i alt 1.037.319 kr. Den rette evalueringstekniske pris udgør således rettelig den pris, som fremgår af resultatet ved åbningen af tilbuddene på 25.799.813 kr. tillagt dette beløb, dvs. 26.837.132 kr. Uanset den opståede fejl var Fugros tilbud klart det med den laveste pris. Da tilbudsevalueringen ville føre til samme resultat, ville det ikke have ændret ved, at Fugro var rette vinder. Der var derfor intet behov eller grundlag for at omgøre tildelingsbeslutningen, jf. i øvrigt om adgangen til at omgøre tildelingsbeslutninger for at omgøre fejl bemærkningerne til håndhævelseslovens § 17, stk. 2, nr. 1, og Rettens dom i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, præmisserne 56-57.

Vejdirektoratet har erkendt overtrædelsen i påstand 7, men bestrider, at den har haft nogen praktisk betydning.

Ad påstand 8

GEO har gjort gældende, at såfremt klagenævnet giver GEO medhold i en eller flere af påstandene 1, 2, 3-3b, 4 eller 6, må dette føre til, at Vejdirektoratets tildelingsbeslutning af 4. november 2013 annulleres. I hvert fald efter en samlet vurdering må det således lægges til grund, at overtrædelserne har haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at de fejl, der er sket ved tilbudsevalueringen, og som er erkendt ad påstand 7, er forhold, der kunne have berettiget til en genoptagelse/berigtigelse af tilbudsevalueringen, hvilket dog ikke var relevant, da det var evident, at en fornyet tilbudsevaluering ikke ville føre til en ændring i rækkefølgen af tilbudsgiverne.

Fugros tilbud vil inklusive forhøjelsen på de 1.037.319 kr. være det billigste tilbud med en forskel til GEOs på 192.206 kr., uanset om alle GEOs oprin-

delige påstande om pligt til (yderligere) kapitalisering tages til følge, sådan at det antages, at der skal ske kapitalisering med de af GEO anførte beløb.

En kapitalisering af de tilføjelser i tilbudslisten vedrørende avancerede laboratorieforsøg, som Vejdirektoratet ikke har kapitaliseret under evalueringen, vil heller ikke i sig selv ændre på udfaldet af evalueringen. Hvor prisforskellen ved evalueringen mellem GEOs og Fugros tilbud (når der tages højde for den fejl, som er erkendt ad påstand 7) er 2.661.486 kr., vil en kapitalisering også af de ikke tidligere kapitaliserede tilføjelser i tilbudslisten indebære, at forskellen i stedet bliver på 2.183.621 kr. i Fugros favør. En pligt til yderligere kapitalisering som følge af, at påstand 3b tages til følge, vil derfor kun kunne få betydning, hvis alle GEOs øvrige påstande om, hvordan der skal ske kapitalisering af de overtrædelser, GEO hævder, Vejdirektoratet har begået, også tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2 (subsidiær til påstand 1)

Påstandene drejer sig om, hvorvidt udbudsbetingelserne indeholdt et krav om, at tilbudsgiverne skulle kunne gennemføre geotekniske undersøgelser på en havbundsdybde på 1-1,5 meter, og om Fugros tilbud indeholdt et forbehold herfor, som det måtte stå Vejdirektoratet klart, at Fugro havde taget. I givet fald er spørgsmålet dernæst, om kravet var et grundlæggende element i udbudsmaterialet, som medførte, at tilbuddet skulle have været afvist (påstand 1), og hvis dette ikke var tilfældet, om og i givet fald hvorledes Vejdirektoratet skulle kapitalisere forbeholdet (den subsidiære påstand 2).

Udbudsbetingelserne og herunder særligt ydelsesbeskrivelsen indeholder ikke et udtrykkeligt krav om, at tilbudsgiverne skulle kunne gennemføre geotekniske undersøgelser på en havbundsdybde på 1-1,5 meter. Klagenævnet finder endvidere, at der ikke af oplysningerne om, at en del af de i tabel 2 i ydelsesbeskrivelsens afsnit 6 skulle udføres på 2 meter dybt vand, og de i beskrivelsen indeholdte forbehold om, at der er tale om foreløbige oplysninger, kan udledes et sådant krav.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Påstand 3, 3a (subsidiær til påstand 3) og 3b (subsidiær til påstand 3a)

Disse påstande angår den ændring i tilbudslistens poster vedrørende avancerede laboratorieforsøg, som Fugro foretog, hvor Fugro dels angav en basispris for forsøg af en varighed på op til 4 dage (posterne 10.7.21, jf. 10.7.2, 10.7.31, jf. 10.7.3, 10.7.41, jf. 10.7.4, 10.7.51, jf. 10.7.5, 10.7.61, jf. 10.6.2) henholdsvis 2 dage (post 10.7.83 (CRS-metode), jf. 10.7.8) og en ekstrapris for forsøg af længere varighed., ligesom Fugro for så vidt angik posterne 10.7.52, 10.7.53, 10.7.71, 10.7.81 (IL-metode) og 10.7.111 anførte en enhedspris for forsøg af længere varighed (og i post 10.7.52 en enhedspris for forsøg af en nærmere bestemt karakter). Det er GEOs påstand, at Vejdirektoratet ikke lovligt kunne tage tilbuddet i betragtning (påstand 3 og 3a), og at Vejdirektoratet i hvert fald ikke i fornødent omfang har kapitaliseret det forhold, som disse ændringer indebar (påstand 3b).

Parterne er (nu) enige om betydningen af forkortelsen ”r/o”, som GEO har oplyst, er en sædvanligt anvendt forkortelse.

Som ydelsesbeskrivelsen og tilbudslisten var udformet, bar tilbudsgiverne risikoen for den tidsmæssige udstrækning af de enkelte forsøg. Fugros tilføjelser til tilbudslistens poster om avancerede laboratorieforsøg indebar, som også angivet i referatet af mødet den 19. november 2013 punkt 3.5, at “Fugro [is] not taking the risk on every test”. Der er således tale om forbehold i udbudsretlig forstand.

Efter forbeholdenes indhold og karakter var der ikke tale om forbehold, der indebar en pligt til at afvise tilbuddet. Vejdirektoratet skulle imidlertid nærmere vurdere og i fornødent omfang kapitalisere de enkelte forbehold.

Om post 10.7.83, jf. 10.7.8 bemærkes, at det anførte må forstås sådan, at basisprisen gælder for forsøg med CRS-metode, som varer op til 2 dage, uanset der er en tilføjelse om IL-metode i post 10.7.8. Forbeholdet i post 10.7.71 må endvidere efter sammenhængen forstås sådan, at det vedrører post 10.7.7, uanset, at der henvises til 10.7.6.

Vejdirektoratet har ved beregningen af Fugros evalueringstekniske pris indregnet både basisprisen og ekstraprisen for så vidt angår de forbehold, som er kommet til udtryk ved posterne 10.7.21, jf. 10.7.2, 10.7.31, jf. 10.7.3, 10.7.41, jf. 10.7.4, 10.7.51, jf. 10.7.5, 10.7.61, jf. 10.7.6, og post 10.7.83

(CRS-metode), jf. 10.7.8. Klagenævnet finder, at Vejdirektoratet dermed i fornødent omfang har kapitaliseret disse forbehold.

Vejdirektoratet har derimod ikke foretaget fornødne overvejelser vedrørende betydningen af de forbehold, der er kommet til udtryk i posterne 10.7.52 og 10.7.53, jf. 10.7.5, 10.7.71, jf. 10.7.7, 10.7.81 (IL-metode), jf. 10.7.8, og 10.7.111, jf. 10.7.11, og foretaget en fornøden forsigtig kapitalisering af disse.

Påstand 3b tages derfor for så vidt angår disse poster til følge som nedenfor bestemt, medens påstand 3 og 3a ikke tages til følge.

Ad påstand 4 og 6

Påstand 4 drejer sig om en påstået ændring, hvorefter et efter GEOs opfattelse stillet krav om, at der skulle udføres avancerede laboratorieforsøg vedrørende de boringer, som dannede grundlag for den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport inden den 1. april 2014, blev frafaldet, idet Vejdirektoratet tillod Fugro at udføre samtlige forsøg efter afleveringen af den foreløbige rapport.

Påstand 4 drejer sig desuden om de ændringer i den indgåede kontrakt med Fugro set i forhold til udbudsbetingelserne, som bestod i, at fristen for afleveringen af den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport blev ændret fra den 1. april til den 1. marts 2014 og den samtidig aftalte formindskelse af omfanget af de boringer, som skulle ligge til grund for rapporten fra oprindeligt halvdelen af de forudsatte boringer til ”forventeligt mindst 10”, hvilket i praksis blev nedsat til 9 boringer. Påstand 6 vedrører også denne ændring.

GEO har opgjort sine ekstra omkostninger til en udførelse af avancerede laboratorieforsøg så tidligt, at de kunne indgå som grundlag for den foreløbige rapport til 477.865 kr., og har opgjort sine ekstra omkostninger (set i forhold til en udførelse i sommerhalvåret) til i perioden november – marts at skulle udføre ca. 22 boringer inden den oprindelige frist for den foreløbige rapport den 1. april 2014 til i alt 730.430 kr.

Klagenævnet bemærker indledningsvis, at efter påstandene og det i sagen oplyste, har Fugro og de øvrige tilbudsgivere afgivet tilbud på samme

grundlag, herunder den i ydelsesbeskrivelsen indeholdte tidsplan, det, der er anført i ydelsesbeskrivelsen om avancerede laboratorieforsøg, og aktivitetsplanen. Det lægges endvidere til grund som ubestridt, at Fugro har udført de avancerede laboratorieforsøg og et antal boringer, som svarer til det, der er beskrevet i udbudsbetingelserne; udførelsen er blot sket efter afleveringen af den foreløbige rapport.

Ad påstand 4 – avancerede laboratorieforsøg

Af ydelsesbeskrivelsen fremgår, at der skulle udføres avancerede laboratorieforsøg, og at forsøgsprocedurerne skulle aftales, før forsøgene blev iværksat. I aktivitetsplanen er milepæl for forsøgene anført at være ”Maj 2014 – juli 2014”. Efter denne angivelse, og uanset det i øvrigt i ydelsesbeskrivelsens punkt 7 anførte om, at ”[d]e faktuelle felt- og laboratorieundersøgelser skal fremlægges i en geoteknisk undersøgelsesrapport” og om en frist for en foreløbig rapport den 1. april 2014, kan der ikke af udbudsbetingelserne udledes et krav om, at der som en del af grundlaget for den foreløbige rapport skulle være udført avancerede laboratorieforsøg. Dette understøttes af Vejdirektoratets svar på spørgsmål 85, hvorefter en pligt til udarbejdelse af (færdige) avancerede laboratorieforsøg før den i aktivitetsplanen angivne milepæl forudsatte, at der blev indgået nærmere aftale herom (en separat tidsplan).

Den del af påstand 4, som vedrører udførelse af avancerede laboratorieforsøg som en del af grundlaget for den foreløbige rapport, tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4 og 6 – nedsættelse af antal boringer, som skulle ligge til grund for den foreløbige rapport:

I tidsplanen er det forudsat, at geotekniske undersøgelser indledes midt i november 2013 og afsluttes i august 2014. Der var ifølge tidsplanen og udkastet til kontrakt frist til den 1. april 2014 for den foreløbig undersøgelses- og tolkningsrapport, som skulle danne grundlag for VVM-undersøgelsen.

Ifølge ydelsesbeskrivelsen skulle denne rapport primært baseres på resultaterne af de udførte feltundersøgelser ”af første ombæring”. ”Første ombæring” er defineret som boringer for hvert andet fundament. I afsnit 6 tabel 2 er der angivet i alt 45 boringer. Ovenover er det anført, at det ”foreslås ... at

offshore undersøgelserne gennemføres for brodesignet i henhold til [tabellen nedenfor]”. Desuden fremgår det, at oplysningerne i tabellen er vejledende, og at den i figur 3 viste placering af forsøg på hvert fundaments lokalitet er foreløbig. Udsagnene om ”foreslås”, ”foreløbig placering” mv. må forstås sådan, at der i udførelsesfasen kunne ske visse ændringer og tilpasninger vedrørende de (forsøgs)boringer, der skulle udføres. Denne mulighed for en vis justering ændrer imidlertid ikke ved, at den vindende tilbudsgiver ifølge ydelsesbeskrivelsen skulle udføre ca. 22 boringer inden den 1. april 2014 som grundlag for den foreløbige rapport.

Ved kontraktindgåelsen blev fristen for den foreløbige undersøgelses- og tolkningsrapport forkortet med en måned, så den skulle afleveres den 1. marts 2014, og samtidig blev antallet af boringer, der skulle ligge til grund for rapporten, nedsat fra ca. 22 til ”de data, der er indhentet, indtil 21. februar 2014, forventeligt mindst 10 boringer fordelt over undersøgelsesstrækningen”. Efter formuleringen var de ”mindst 10 boringer” ikke et bindende minimumskrav. Også 9 boringer synes således at kunne være tilstrækkeligt.

Under alle omstændigheder har Vejdirektoratet efterfølgende i praksis accepteret, at 9 boringer var tilstrækkeligt. Det, der dermed skal tages stilling til, er, om nedsættelsen af antallet af boringer, som skulle udføres som grundlag for den foreløbige rapport, fra 22 til 9 boringer mod en samtidig forkortelse af fristen for den foreløbige rapport, indebærer en sådan ændring set i forhold til den ydelse, som er beskrevet i udbuddet, at den ændrede opgave skulle have været udbudt på ny.

Ved afgørelsen af dette spørgsmål er det, jf. EU-Domstolens domme i navnlig sag C-454/06, Passetext, og sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, afgørende, om ændringen har været væsentlig og herunder haft en sådan karakter, at det har forrykket den økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver. I overensstemmelse med denne praksis er det i artikel 72, stk. 4, i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU) af 26. februar 2014 anført, at det navnlig skal tillægges betydning, om ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Det fremgår endvidere, at en ændring normalt må anses for væsentlig, hvis:

- ”a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
 - b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
 - c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde
- ...

Efter det oplyste skete ændringen på Vejdirektoratets initiativ og i Vejdirektoratets interesse, idet Vejdirektoratet havde behov for at modtage den foreløbige rapport tidligere af hensyn til VVM-undersøgelsen. Ændringen indebærer, at Fugro ”mistede” en forårsmåned (marts), som ifølge udbudsbetingelserne havde været til rådighed for udførelse af de boringer, der skulle ligge til grund for den foreløbige rapport. Fugro havde ifølge Vejdirektoratet den 1. april 2014 udført 20 boringer. Dermed havde Fugro på det tidspunkt udført et antal boringer, som henset til, at antallet af boringer var angivet som et omtrentligt tal i ydelsesbeskrivelsen, svarende til, hvad der var krævet i udbudsbetingelserne. Fugro har som allerede nævnt inden færdiggørelsen af opgaven udført et antal boringer, som svarer til, hvad der blev krævet i ydelsesbeskrivelsen.

Herefter og efter det oplyste om de større vanskeligheder med udførelsen af boringer i vinterhalvåret er der efter klagenævnets opfattelse ikke grundlag for at anse nedsættelsen af antallet af boringer, som skulle anvendes som grundlag for den fremrykkede foreløbige rapport, fra 22 til 9 for en ændring, som, hvis udbudsbetingelserne havde været udformet svarende til ændringen, ville have givet mulighed for, at andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte var blevet prækvalificeret, eller for at acceptere et andet tilbud end tilbuddet fra Fugro, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at det ikke blot var GEO, som – hvis udbudsbetingelserne havde været udformet svarende til, det, som der blev indgået kontrakt om, og som Fugro rent faktisk udførte – (angiveligt) ville have kunnet komme med et anderledes tilbud, men også Fugro og øvrige aktuelle og potentielle tilbudsgivere. Klagenævnet finder heller ikke, at ændringen har ændret kontraktens økonomiske balance til Fugros fordel, eller at ændringen har ændret på kontraktens omfang og anvendelsesområde.

Påstand 6 og den del af GEOs påstand 4, som vedrører antallet af boringer, der skulle ligge til grund for den foreløbige rapport, tages herefter ikke til følge.

Påstand 5 og 7 (subsidiær til påstand 5)

Påstand 5 og 7 drejer sig om den fejl, Vejdirektoratet ubestridt begik ved ikke at opdage, at Fugro havde begået en fejl ved udfyldning af tilbudslistens punkt 10.4.9 til 10.4.12 (ved at undlade at ”gange” enhedspriser ind og udfylde nogle sumposter), og som indebar, at Vejdirektoratet ikke medtog de pågældende poster ved evalueringen af Fugros tilbud og fastlæggelsen af Fugros evalueringstekniske pris.

Vejdirektoratet har erkendt at have begået den nævnte fejl, og at dette er en overtrædelse af udbudsreglerne.

Påstand 7 tages derfor til følge.

Med påstand 5 ønsker GEO herudover at få fastlagt, at Vejdirektoratet har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved – efter at have konstateret fejlen – at indgå kontrakt med Fugro.

Vejdirektoratet blev inden kontraktindgåelsen opmærksom på den fejl, der var begået ved fastlæggelsen af Fugros evalueringstekniske pris. Det var imidlertid åbenbart, at en medtælling af de manglende sumbeløb på i alt 1.037.319 kr., som kunne udfindes uden videre ved at ”gange” antallet af enheder med de anførte enhedspriser, ikke ville føre til et ændret resultat af udbuddet ved en genoptagelse af evalueringen. Fugros tilbud ville således fortsat være det med den laveste pris. Under disse omstændigheder var der intet udbudsretligt til hinder for, at Vejdirektoratet i overensstemmelse med den tidligere truffne tildelingsbeslutning indgik kontrakt med Fugro den 29. november 2014, og herunder ved kontraktindgåelsen tog højde for den tidligere begåede fejl.

Påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Påstand 8

Den ad påstand 7 konstaterede overtrædelse er opdaget af Vejdirektoratet inden kontraktindgåelsen, og det er i den forbindelse konstateret, at en korrekt fastlæggelse af Fugros evalueringstekniske pris ikke ville ændre på, at Fugro havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Klagenævnet finder det ubetænkeligt at lægge til grund, at en behørig forsigtig kapitalisering af de forbehold, der er kommet til udtryk i posterne 10.7.52 og 10.7.53, jf. 10.7.5, 10.7.71, jf. 10.7.7, 10.7.81 (IL-metode), jf. 10.7.8, og 10.7.111, jf. 10.7.11 (avancerede laboratorieforsøg) i Fugros tilbudsliste ikke ville have ændret på udfaldet af udbuddet – heller ikke når den ad påstand 7 konstaterede overtrædelse tages i betragtning.

De konstaterede overtrædelser kan dermed hverken hver for sig eller samlet føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Herefter, og da GEO ikke i øvrigt har fået medhold i klagen, tages påstanden ikke til følge.

Sagsomkostninger

GEO har fået delvist medhold i påstand 3b og medhold i påstand 7, men har i øvrigt ikke fået medhold i klagen og har herunder ikke opnået annullation af tildelingsbeslutningen.

GEO har dermed overvejende tabt sagen og skal betale delvise sagsomkostninger til Vejdirektoratet som nedenfor bestemt. Ved fastsættelsen af sagsomkostningerne har klagenævnet lagt vægt på sagens omfang, karakter og forløb, herunder den omfattende skriftveksling og at der har været afholdt møde i sagen.

Herefter bestemmes:

Påstand 3b

Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gensigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at indgå aftale med Fugro om den udbudte opgave uden at kapitalisere de af Fugros forbehold for avancerede laboratorieforsøg, der er kommet til udtryk i posterne 10.7.52 og 10.7.53, jf. 10.7.5, 10.7.71, jf. 10.7.7, 10.7.81 (IL-metode), jf. 10.7.8, og 10.7.111, jf. 10.7.11 i Fugros tilbudsliste.

Ad påstand 7

Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet Vejdirektoratet ikke har medtaget posterne i tilbudslistens punkt 10.4.9 til 10.4.12 i den evalueringstekniske pris ved evalueringen af Fugros tilbud.

GEO skal i sagsomkostninger til Vejdirektoratet betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-3a, 4-6 og 8.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig